



Roj: **SAP VI 1087/2020 - ECLI:ES:APVI:2020:1087**

Id Cendoj: **01059370012020100959**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **1**

Fecha: **05/05/2020**

Nº de Recurso: **31/2020**

Nº de Resolución: **288/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **IÑIGO ELIZBURU AGUIRRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA-SECCIÓN PRIMERA

ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA-LEHEN ATALA

AVENIDA GASTEIZ, 18-2ª planta - C.P./PK: 01008

TEL.: 945-004821 **Fax/ Faxes:** 945-004820

NIG PV / IZO EAE: 01.02.2-19/000013

NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.47.1-2019/0000013

Recurso apelación mercantil LEC 2000 / Apelazio-errekurtsoa; merkataritza-arloa; 2000ko PZL 31/2020 - A - upad Civil

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia*: Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz - UPAD Mercantil / Gasteizko Merkataritza-arloko 1 zenbakiko Epaitegia - Merkataritza-arloko ZULUP

Autos de Juicio verbal 5/2019 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: LABORAL KUTXA

Procurador/a/ Prokuradorea: MARIA BOULANDIER FRADE

Abogado/a / Abokatua: PEDRO LEARRETA OLARRA

Recurrido/a / Errekurritua: ASOCIACION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS VASCOS EKA-ACUV

Procurador/a / Prokuradorea: IRATXE DAMBORENEA AGORRIA

Abogado/a/ Abokatua: JOSE IGNACIO VELASCO DOMINGUEZ

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. D. Emilio Ramón Villalain Ruiz, Presidente, D. Iñigo Elizburu Aguirre y D. David Losada Durán, Magistrados, ha dictado el día cinco de mayo de dos mil veinte,

la siguiente

SENTENCIA Nº 288/20

En el recurso de apelación civil, Rollo de Sala nº 31/20 procedente del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Vitoria-Gasteiz, Autos de Juicio verbal nº 5/19, promovido por **CAJA LABORAL POPULAR SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO** dirigida por el Letrado D. Pedro Learreta Olarra, y representada por la Procuradora Dª María Boulandier Frade, frente a la sentencia nº 142/19 dictada el 27-09-19, siendo parte apelada la **ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS VASCA EKA-ACUV** dirigida por el Letrado D. Jose Ignacio Velasco Domínguez y representada por la Procuradora Dª. Iratxe Damborenea Agorria, y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Iñigo Elizburu Aguirre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Vitoria-Gasteiz se dictó sentencia nº 142/19 cuyo **FALLO** es del tenor literal siguiente:

" ESTIMANDO la demanda interpuesta por la Procuradora Concepción Mendoza Abajo en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE PERSONAS CONSUMIDORAS Y USUARIAS VASCA (EKA/ACUV) EUSKAL KONTSUMITZAILEEN ALKARTEA, contra CAJA LABORAL POPULAR, S. COOP. DE CRÉDITO representada por la Procuradora Ana Rosa Frade

CONDENO a la demandada a cesar en la práctica indicada y a eliminar de sus condiciones generales la cláusula contractual por la que impone el cobro de la comisión por RECLAMACIÓN DE POSICIONES DEUDORAS (en cualquiera de sus denominaciones), absteniéndose de llevar a cabo la conducta y de utilizar la cláusula señalada en el futuro.

La demandada publicará a su costa la presente sentencia, una vez firme, en un periódico de los de mayor tirada en el País Vasco.

Firme la sentencia, en caso de incumplimiento del fallo, se le impondrán multas coercitivas diarias en ejecución forzosa de la misma si fuera promovida.

Se condena en COSTAS a la demandada."

Posteriormente con fecha 14-10-19 se dictó Auto cuya **PARTE DISPOSITIVA** es del tenor literal siguiente:

"1.- Se desestima la petición formulada por LABORAL KUTXA de rectificación de la / el sentencia dictada con fecha 27/9/2019 , en el presente procedimiento.

2.- En consecuencia no ha lugar a variar en el texto de la referida resolución."

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación de **CAJA LABORAL POPULAR SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO**, recurso que se tuvo por interpuesto con fecha 14-11-19, dándose el correspondiente traslado a la contraparte por diez días para alegaciones, presentando la representación de la **ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS VASCA EKA-ACUV**, escrito de oposición al recurso planteado de contrario, y elevándose, seguidamente, los autos a esta Audiencia Provincial con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala y comparecidas las partes, con fecha 27-01-20 se mandó formar el correspondiente Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia al Ilmo. Sr. Magistrado D. Iñigo Elizburu Aguirre, y por resolución de fecha 12-02-20 se señaló para deliberación, votación y fallo el 12-03-20.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Recurre en apelación, la parte demandada, pretendiendo que se desestime la demanda en lo referente a las pretensiones subsistentes tras el desistimiento parcial, con imposición a la actora de las costas de primera instancia, y sin imposición de las causadas en la alzada a ninguna de las partes.

SEGUNDO.- Entrando en el examen de la procedencia o no del recurso de apelación, a la luz de las consideraciones en las que el mismo se basa y que es innecesario reproducir al ser conocidas por las partes y dado que, además, irán surgiendo en el curso de la presente argumentación en la medida en que resulten precisas o útiles para la debida resolución de la causa, y una vez examinado lo actuado, hemos de indicar, y comenzando por la consideración relativa a que EKA, la actora, no goza de la condición de asociación representativa conforme a la ley, que tenemos dicho, así en sentencia de 8 de marzo de 2019, en la que fue parte la ahora apelada y relativa, igualmente, a la comisión por reclamación de posiciones deudoras, que:

"...La demandante, EKA/ACUV, ejercita una acción colectiva de cesación dirigida a que la entidad demandada cese en la imposición y cobro a la clientela de la comisión llamada de "reclamación de posiciones deudoras" (RPD), al amparo de lo dispuesto en la normativa nacional (art. 12 LCGC, arts. 53 y ss y 80 y ss RDL 1/2007, de 16 de noviembre) y comunitaria (Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993) de protección de consumidores y usuarios.

Como en su momento resolvimos en nuestra sentencia nº 261/18, de 30 de mayo de 2018, rollo de sala nº 726/17, la excepción de falta de legitimación activa debe ser desestimada, en los términos que lo hace la juzgadora de primera instancia, cuyos razonamientos damos por reproducidos.



La demandante es una asociación de consumidores y usuarios inscrita en el Registro General de Asociaciones del País Vasco. Es una asociación sin ánimo de lucro entre cuyos fines se encuentra la defensa de los derechos y legítimos intereses de las personas consumidoras y usuarias y su ámbito territorial, definido en el art. 5 de sus Estatutos (doc. 2 demanda) comprende: " El ámbito territorial en el que se desarrollará principalmente sus actividades y funciones será la Comunidad Autónoma del País Vasco".

En la demanda inicial del proceso, EKA/ACUV interesa frente a Bankia, S.A., en defensa de intereses colectivos y difusos de los consumidores conforme al art. 53 del RD 1/2007, se declare que la referida comisión por reclamación de posiciones deudoras es contraria a Derecho y ordenar a la demandada el cese en su imposición y cobro a la clientela.

La acción de cesación, en términos generales conforme establece el art. 53 LCU, se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Y la legitimación pasiva para su ejercicio se reconoce, en los supuestos de conductas contrarias a lo dispuesto en la presente norma en materia de cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, venta a distancia, garantías en la venta de productos y viajes combinados, entre otros, art. 54.1 LCU, en favor de:

b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en esta norma o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

Conforme al apartado 3 del mismo artículo:

3. La legitimación para el ejercicio de la acción de cesación frente al resto de conductas de empresarios contrarias a la presente norma que lesionen intereses colectivos o intereses difusos de los consumidores y usuarios, se regirá por lo dispuesto en el artículo 11, apartados 2 y 3, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Por tanto si en la primera (art.54.1) no se hace la distinción que refleja el apartado 3, que remite al art. 11 LEC, quiere ello decir que en el primer caso, donde se enmarca la acción de autos, la legitimación se reconoce en favor de las asociaciones de consumidores y usuarios " que reúnan los requisitos establecidos en esta norma o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios", sin distinguir la naturaleza de los intereses, sean colectivos o difusos, en razón de la determinación o indeterminación del colectivo de usuarios afectado. Y, con ello, no será de aplicación la restricción que establece el mencionado art, 11.3 LEC, reduciendo la legitimación sólo en favor de las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.

En cualquier caso, como resalta la sentencia de instancia, que cita la de esta Sala nº 411/16, de 30 de diciembre dictada en el rollo nº 538/16, en el supuesto de autos no se puede entender que los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, pues su determinación resulta posible al tratarse de los clientes de la entidad demandada, y por tanto la demanda afecta a intereses colectivos y no difusos. En el mismo sentido la S.TS. de 13 de marzo de 2012, citada por la demandante, señala que la dificultad en la determinación de los perjudicados no puede concurrir "cuando quien la afirma está en situación de dar a conocer, por sus propios archivos, quienes son las personas con las que contrató".

Y, por lo expuesto, este motivo del recurso ha de decaer

TERCERO.- Sobre la aducida incongruencia de la sentencia apelada, hemos de comenzar indicando que en el suplico de la demanda se solicita que se declare que la comisión por reclamación de posiciones deudoras es contraria a derecho, ordenando a la demandada al cese en su imposición y cobro a la clientela.

En la sentencia apelada se decide condenar a la ahora apelante a cesar en la práctica indicada y a eliminar de sus condiciones generales la cláusula contractual por la que impone el cobro de la comisión por reclamación de posiciones deudoras (en cualquiera de sus denominaciones), absteniéndose de llevar a cabo la conducta y de utilizar la cláusula señalada en el futuro.

Partiendo de lo expuesto, consideremos que la sentencia apelada no incurre en vicio de incongruencia, y ello, dado que: el principio de congruencia obliga a que exista concordancia entre lo pretendido y lo resuelto, pero no exige que el juzgador tenga que pronunciar su fallo ajustándose rigurosamente a los términos literales en que están redactadas las pretensiones de las partes, sino que por el contrario el fallo ha de acatar la existencia de lo solicitado en conexión con los antecedentes de hecho y los razonamientos jurídicos expuestos por los contendientes en los escritos iniciales del pleito; la congruencia no impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes, y a los hechos que las fundamentan, pero no es una literal concordancia, por ello, guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada, le está permitido al órgano jurisdiccional establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada".



Y, es de indicar que:

- en el suplico de la demanda, se hace referencia a que la comisión es contraria a derecho, y en su fundamentos de derecho a los artículos 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, 82, 83... del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, de modo que la referencia, concretamente, en el suplico de la demanda a la comisión, la entendemos referida a las cláusulas que la recogen;

- la demandada, es una y no más, concretamente, la ahora apelante;

- el ya citado artículo 83, establece que las cláusulas abusivas será nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

CUARTO.- Sobre la, asimismo, aducida plena licitud de la cláusula en cuestión, hemos de indicar que tenemos dicho en anteriores resoluciones, como la sentencia de 30 de diciembre de 2016, y nos mantenemos en ello, que:

28.- Aunque Kutxabank no aportó con su contestación a la demanda ningún documento, hay que reconocer que el Banco de España admite la validez de las comisiones siempre que respondan a un servicio efectivo al cliente bancario. En esta materia es de aplicación la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 29 de octubre 2011.

29.- El párrafo segundo del art. 3.1 de la citada orden dispone " Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos". Si no hay servicio o gasto, no puede haber comisión. Por lo tanto, no sería exigible y las previsiones que lo contuvieran no serían aplicables.

30.- Cuando se produce una "posición deudora", es decir, un impago por el cliente bancario, la tarea de recobro no es un servicio efectivamente facilitado al cliente, ni un gasto en que incurra la entidad por prestarlo. El cliente ni demanda ni precisa de esa reclamación. El servicio sólo es para la entidad bancaria, que reclama el pago. Es decir, para la parte contratante cuyo objeto social es tal actividad.

31.- El cobro de una cantidad al cliente por realizar una gestión de cobro a ese cliente, no responde a un servicio al mismo, ni un gasto por verificarlo. Cumple una función legítima, el recobro de lo impagado, pero que sirve al profesional, no al consumidor. Por lo tanto, si se siguen las directrices de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, no podría dar lugar a una comisión, pues no hay servicio o gasto que retribuir.

32.- Hay que añadir que cuando se produce un descubierto, impago o "posición deudora", opera el interés de demora característico de la contratación bancaria. Recordemos que este interés de demora se ha considerado por la jurisprudencia (STS 2 octubre de 2001, rec. 1961/1996, 14 julio 2009, rec. 325/2005, 22 abril 2015, rec. 2351/2012 y 3 junio 2016, rec. 2499/2014) de naturaleza indemnizatoria, por los perjuicios que se ocasionan al acreedor por el incumplimiento o cumplimiento tardío del deudor. El interés de demora, en palabras de la STS 26 octubre 2011, rec. 1328/2008, es "sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones¿".

33.- Si se produce el descubierto, impago o "posición deudora", opera inmediatamente el interés de demora. Si a ese interés se suma la "comisión" ahora discutida (que permite el cobro de hasta 30 euros por remitir un simple correo electrónico), resulta una sanción civil o indemnización desproporcionada, que carece de justificación y vulnera el art. 85.6 LGDCU, que declara abusivas " Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones ".

34.- En consecuencia, el reproche que hace el primer apartado del segundo motivo del recurso a la pretensión de la asociación de consumidores Urkoa, carece de fundamento. La asociación pretende la cesación de una práctica, basada en las cláusulas que contienen los contratos de Kutxabank, que supone percibir una "comisión" o indemnización por un servicio que no presta a los clientes, sino a sí misma, y cuyo importe resulta desproporcionado.

A lo expuesto, procede añadir que no se identifica el tipo de reclamación que se va a llevar a cabo, y que con la cláusula se altera la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, pues debería ser la ahora apelante quien probara la realidad de la gestión y su precio, pero, con la cláusula, se traslada al consumidor la obligación de probar o que no ha habido gestión o que no ha tenido el coste fijado en el contrato o ambas circunstancias, lo que también podría incurrir en la prohibición prevista en el artículo 88.2 TRLGCU.

QUINTO.- En relación a las costas de la primera instancia, partiendo de lo dispuesto en el artículo 394 de la L.E.C. y, asimismo en el artículo 396 de la L.E.C., dado que, en el acto de la vista, la parte ahora apelada



desistió respecto a la comisión de apertura, no oponiéndose de contrario a tal desistimiento, entendemos que siendo apreciable una estimación parcial de la demanda en base al indicado desistimiento, no procede verificar especial pronunciamiento por lo que respecta al procedimiento en lo relativo a la comisión de apertura y que las correspondientes al procedimiento respecto a la comisión por reclamación de posiciones deudoras han de ser impuestas a la parte demandada, ahora apelante.

SEXTO.- En relación a las costas de esta alzada, partiendo de lo dispuesto en el artículo 398 de la L.E.C. y dado el sentido de la presente sentencia, no procede verificar especial pronunciamiento sobre las mismas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que en relación al recurso de apelación interpuesto por Caja Laboral Popular Sociedad Cooperativa de Crédito, representada por la Procuradora Sra. Frade Fuentes, frente a la sentencia dictada, con fecha 27 de septiembre de 2019, por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de esta ciudad en el Juicio Verbal seguido ante el mismo con el número 5/2019, del que este Rollo dimana, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma, en el sentido de, estimando parcialmente la demanda, no verificar especial pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia por lo que respecta al procedimiento en lo relativo a la comisión de apertura, manteniendo la imposición a la parte demandante de la costas de la primera instancia respecto al procedimiento en lo relativo a la comisión por reclamación de posiciones deudoras, confirmándola, asimismo, en el resto, y, todo ello, sin verificar especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Conforme a la Disposición Adicional 15ª, en su apartado 8, de la L.O.P.J., procédase a la devolución, a la parte apelante, de la totalidad del depósito constituido para recurrir.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de CASACIÓN ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, si se acredita interés casacional. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de VEINTE días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrá interponerse recurso extraordinario por INFRACCIÓN PROCESAL ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LEC).

Si el recurso de casación se funda, exclusivamente o junto a otros motivos, en la infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad Autónoma, y el estatuto de Autonomía ha previsto esta atribución, corresponderá conocer a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (art. 478.1.2º LEC).

Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros si se trata de casación y 50 euros se si trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en Banco Santander con el número 0008-0000-00-0031-20. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un " Recurso" código 06 para recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos (DA15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

De conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, los **plazos** establecidos en esta resolución se encuentran **suspendidos**, al no tratarse de un asunto urgente.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.



Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ