



Roj: **SJPI 192/2019 - ECLI:ES:JPI:2019:192**

Id Cendoj: **01059420072019100108**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **7**

Fecha: **27/09/2019**

Nº de Recurso: **5/2019**

Nº de Resolución: **142/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Concurso de acreedores**

Ponente: **MARIA TERESA TRINIDAD SANTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE VITORIA-GASTEIZ - UPAD MERCANTIL
GASTEIZKO MERKATARITZA-ARLOKO 1 ZENBAKIKO EPAITEGIA - MERKATARITZA-ARLOKO ZULUP**

AVENIDA GASTEIZ, 18-3ª planta - C.P./PK: 01008

TEL. : 945-004877 FAX : 945-004827

NIG PV/ IZO EAE: **01.02.2-19/000013**

NIG CGPJ / IZO BJKN : **01059.47.1-2019/0000013**

Procedimiento / *Prozedura* : **Juicio verbal / Hitzezko judizioa 5/2019 - E**

Materia: DERECHO MERCANTIL

Demandante / *Demandatzailea* : ASOCIACION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS VASCOS EKA-ACUV

Abogado/a / *Abokatua* : JOSE IGNACIO VELASCO DOMINGUEZ

Procurador/a / *Prokuradorea* : MARIA CONCEPCION MENDOZA ABAJO

Demandado/a / *Demandatua* : LABORAL KUTXA

Abogado/a / *Abokatua* : PEDRO LEARRETA OLARRA

Procurador/a / *Prokuradorea* : ANA ROSA FRADE FUENTES

SENTENCIA Nº 142/2019

En Vitoria-Gasteiz, a 27 de septiembre de 2019.

Vistos por mí, M^a Teresa Trinidad Santos, Magistrada- Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, los presentes autos del Juicio Verbal 5/19 entre partes, de una como demandante, la ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS VASCA (EKA/ACUV) representada por la Procuradora Concepción Mendoza Abajo y asistida del Letrado José Ignacio Velasco Domínguez, y de otra como demandada CAJA LABORAL POPULAR, S. COOP. DE CRÉDITO representada por la Procuradora Ana Rosa Frade y asistida del Letrado Pedro Learreta Olarra, sobre acción de cesación, se procede a dictar la presente sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora Sra. Mendoza interpone, en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS VASCA (en adelante EKA/ACUV), demanda de Juicio Verbal en ejercicio de acciones de cesación contra la entidad BANCO SANTANDER, S.A, en la que tras alegar los hechos que en ella se indican e invocar los fundamentos jurídicos que estima aplicables, termina suplicando que se dicte sentencia en la que:



"Se declare que la comisión por reclamación de posiciones deudoras y la comisión por apertura, son contrarias a Derecho y ordenando a la demandada el cese en su imposición y cobro a la clientela. Se ordenará la publicación de la sentencia a cargo de la demandada en un periódico de los de mayor tirada y se impondrá una multa coercitiva de 1.000 euros diarios a la demandada si no elimina la comisión prohibida en el plazo de 20 días desde la firmeza de la sentencia."

SEGUNDO .- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para contestar. La demandada alega dos motivos de oposición comunes a las dos comisiones cuestionadas: Falta de legitimación activa de la asociación demandante y una suerte de defecto en el modo de proponer la demanda, en la medida en que, dice, la demanda pretende la declaración de abusividad de unas comisiones, lo que no es posible en Derecho sino en todo caso de las cláusulas por las que se imponen. Además, alega motivos de oposición a la demanda individuales para cada una de las comisiones cuestionadas, defendiendo su licitud y conformidad a Derecho.

TERCERO .- Se cita a las partes a la vista del juicio verbal.

La demandante al inicio de la vista desiste de la acción de cesación ejercitada con respecto a la comisión por apertura y ratifica en lo restante la demanda.

Se propone prueba documental por ambas partes y por la demandada además pericial y testifical. Se admite la prueba y tras su práctica las partes formulan conclusiones, quedando el pleito visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Acción ejercitada.

Desistida la demandante de la acción de cesación en relación con la comisión por apertura, se ejercita 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" (en adelante 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.

El art. 12 LCGC define la acción de cesación en relación a la eliminación y prohibición de utilizar una condición general en los contratos, porque se trata precisamente de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Pero no se limita a esto la acción de cesación. Con carácter mas general es definida en el art. 53 del TRLGCU: "La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura".

La demandada opone falta de concreción de la demanda en la medida, dice, que no identifica cuál es la cláusula concreta que contendría la condición general abusiva.

Se ejercita una acción de cesación en defensa de intereses colectivos que no se limita a una cláusula contractual concreta con una determinada redacción. En la demanda se refiere la asociación demandante a "comisiones abusivas o nulas", asociando la comisión de RPD a la práctica de cobrar dicha comisión a "cualquier cliente por el hecho de tener una cuenta en descubierto o no atender el pago mensual de alguno de los plazos de los préstamos hipotecarios"; más adelante a "descubierto en cuenta o se deja de atender el pago de un plazo del préstamo" (sin indicación que haya de ser hipotecario). Aporta las tarifas que publica la actora y que incluyen esta comisión de RPD tanto para créditos y préstamos, sin distinguir entre hipotecarios y personales, como en depósitos a la vista.

Por tanto, no se denuncia una cláusula concreta con una redacción determinada, sino el cobro de la comisión por el concepto que la misma describe, por reclamación de posiciones deudoras de los clientes, afectando a consumidores y usuarios y ya se cobre en virtud de una cláusula contractual concreta, inserta en contratos en los que se pueda producir una posición deudora del cliente (sean préstamos o créditos hipotecarios o no, o depósitos a la vista), ya sobre la mera base de unas tarifas que la entidad hace públicas y que aplica a los contratos en ellas identificados aunque no se inserte como cláusula en los indicados contratos.

SEGUNDO .- Son hechos probados relevantes para resolver la contienda, sin perjuicio de los que se puedan ir introduciendo a lo largo de los razonamientos jurídicos sucesivos, y sin perjuicio de los que sirven a la tesis de la demandada pero que como se verá no determinan el fallo de la sentencia, los siguientes:

La demandante es una asociación inscrita en el Registro General de Asociaciones del País Vasco en virtud de resolución dictada en fecha 30.01.1991 con el número de registro AS/B/02498/1991 (doc. 1 demanda).

Se trata de 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 se define en el art. 5 de



sus Estatutos (doc. 2 demanda): " El ámbito territorial en el que se desarrollará principalmente sus actividades y funciones será la Comunidad Autónoma del País Vasco".

La demandada aplica a sus clientes, entre ellos, a consumidores y usuarios, una comisión denominada "reclamación de posiciones deudoras", "reclamación de posiciones deudoras vencidas" y "reclamaciones por descubiertos". En las tarifas que publica la entidad y que actualiza periódicamente (doc. 3 de la demanda) se establece una comisión por este concepto de 35 euros (versión en vigor desde el 12.09.17) para depósitos a la vista en el epígrafe 8.5:

"Gestión de reclamación de impagados y descubiertos (¿) Se cobrará una sola vez (aunque el descubierto se prolongue en más de un período de liquidación y que la cuenta no varíe de signo, siempre que la reclamación se haya producido efectivamente".

Se completa la información en la nota 3ª del mismo epígrafe que dice: "en las reclamaciones de descubiertos, se repercutirán al cliente los gastos adicionales que se generen por la intervención de terceros".

Para préstamos y créditos, sin distinguir hipotecarios y personales, en el epígrafe 14.7 dice:

"Se percibirá una sola vez por cada cuota o posición deudora impagada reclamada la comisión de 35 euros para compensar los gastos de gestión de su regularización, tales como teléfono, confección y envío de cartas de reclamación, telegramas o desplazamientos para su gestión".

En las escrituras de préstamo hipotecario (a modo de ejemplo se aportan dos escrituras de 27.07.2015 y de 14.07.2014, doc. 4) se inserta la siguiente cláusula, en ambas idéntica:

"Si durante la vida de esta operación se produjera la existencia de importes vencidos e impagados ya fuesen por capital o intereses y siempre que mediara reclamación, dará lugar al cobro de una comisión por reclamación de posiciones deudoras que se percibirá una sola vez por cada importe vencido y no satisfecho que se produzca y sea reclamado y por un importe máximo de 30,05 euros cada vez que se liquide esta comisión".

TERCERO.- Legitimación activa.

La demandada alega falta de legitimación activa de la actora, señalando que la acción se ejercita en defensa de intereses difusos del art. 11.3 LEC, para lo que la asociación demandante carece de representación suficiente y que se refiere a una conducta de CAJA LABORAL POPULAR, S. COOP. DE CRÉDITO y a unos efectos que exceden del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma.

El art. 11.1 LEC establece con carácter general la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios "legalmente constituidas" ¿y por tanto cumplidos los requisitos establecidos en la ley estatal o autonómica aplicable- para la defensa de los derechos e intereses de sus asociados, de la asociación y los intereses generales de los consumidores y usuarios.

En esa defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios se pueden distinguir intereses colectivos e intereses difusos. En el primer caso, se trata de supuestos en los que el hecho dañoso afecta a un grupo de consumidores o usuarios determinados o de fácil determinación. En el segundo, los perjudicados son un grupo de imposible o difícil determinación. Para los primeros supuestos, la legitimación activa, conforme al art. 11.2 LEC, corresponde a " las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados ". En el segundo caso, el art. 11.3 LEC contempla una legitimación activa mas restrictiva, al señalar que la tendrán " exclusivamente " las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas .

Esta normativa procesal debe ponerse en relación con lo previsto en el TR LGCDU 1/2007. Así, el art. 54 TRLGDCU contempla la legitimación activa para el ejercicio de acciones de cesación, que se dirijan contra determinadas conductas, y entre ellas el uso de cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores (corresponderá, entre otras a "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"), apartado 1, y en el apartado 3 en relación al resto de conductas de empresarios que lesionen intereses colectivos o intereses difusos se limita a remitirse al art. 11.2 y 3 LEC.

La norma autonómica en este caso viene constituida por la Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarías, que se limita a exigir en el art. 30 para que estas entidades puedan gozar de los beneficios que la ley les otorga, básicamente, estar inscritas en el Registro de Asociaciones de Euskadi, tener su domicilio en Euskadi y cumplir con el resto de requisitos que reglamentariamente puedan establecerse para cada tipo de beneficio.



En todo caso, las normas que afectan a la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios se completan con las siguientes: El art. 24.2 TRLGDCU señala que *a los efectos de lo dispuesto en el art. 11.3 LEC, son asociaciones representativas las que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una Comunidad Autónoma.*

Finalmente es importante también para explicar el régimen legal de la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios el primer apartado del art. 33.1 TRLGDCU, que dice: *"[l]as asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito estatal y todas aquellas que no desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito de una Comunidad Autónoma, deberán figurar inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios que se gestiona en el Instituto Nacional del Consumo".*

Con todo lo dicho se puede concluir que (i) la inscripción en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios es requisito indispensable para estimar "constituida la asociación conforme a la ley" cuando se proclamen de ámbito estatal o no se limiten a desarrollar sus funciones "principalmente" en el ámbito de una CA (art. 33.1); (ii) y cuando se pretenda el ejercicio de una acción colectiva en defensa de intereses difusos deberán formar parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una Comunidad Autónoma (art. 11.3 LEC y 33.1 TRLGDCU).

Pero esto no significa que para el ejercicio de cualquier acción de cesación en el ámbito de un conflicto que pueda exceder territorialmente, por sus efectos, a una CA, la actora haya de ser una asociación (i) inscrita en el Registro Estatal o (ii) formar parte del Consejo de Consumidores y Usuario.

-No se ejercita una acción en defensa de intereses difusos, de consumidores y usuarios de imposible o difícil determinación. Esto ocurrirá, cuando la práctica comercial, acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial hayan afectado a un grupo indeterminado de consumidores o usuarios. Como recuerda la Sentencia de la AP de Álava de 30.12.2016, "es paradigma de tal indeterminación, característica del carácter difuso de la protección, la actividad publicitaria, que puede haber alcanzado a múltiples consumidores que no es sencillo identificar". Pero no lo es el supuesto en el que los afectados son los clientes ¿no ya potenciales sino efectivos- de una determinada entidad financiera, por muchos que sean y dispersos en el territorio nacional que puedan estar.

Los perjudicados son los consumidores y usuarios en cuyos contratos (de préstamo, de crédito, cuentas corrientes, cuentas de ahorro u otros), concertados con la entidad demandada, se inserta como cláusula contractual la estipulación que ampara a la entidad a cobrar la comisión que nos ocupa, o en cuyas relaciones contractuales se aplica de hecho por el banco sobre la base de previsiones generales de información y tarifas que publica la entidad. Es decir, en todo caso se trata de clientes de la entidad bancaria, por muchos que sean, que pueden ser identificados por la propia entidad, pues la práctica o conducta que se denuncia como abusiva parte de la relación contractual entre cliente y banco en la que pueden producirse saldos negativos por impagos o descubiertos del cliente.

Por ello es indiferente que la demandante sea representativa y forme parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, como también lo es que los efectos del pronunciamiento que se pretende se pueda extender a clientes con domicilios fuera de la CA (a *sensu contrario* art. 24.2 TRLGDCU).

-La demandante es una asociación entre cuyos fines se encuentra la defensa de los intereses legales de los consumidores y usuarios, se ha constituido e inscrito conforme a la normativa de la CA del País Vasco y su ámbito territorial de actuación viene constituido "principalmente" ¿que no exclusivamente- por el territorio de la CA (supuesto contrario al contemplado en el art. 33.1 TRLGDCU). Por ello, la inscripción en el Registro Vasco es la única exigible para el ejercicio de acciones de cesación en defensa de intereses colectivos ¿no difusos- de consumidores y usuarios.

CUARTO .- Al margen de las cláusulas que enumeran los arts. 85 a 90 del TRLGDCU, el art. 82.1 contiene un enunciado general, en el que pueden tener cabida tanto "estipulaciones no negociadas individualmente" (condiciones generales de la contratación) como "prácticas no consentidas expresamente", que causen, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes en el contrato (en igual sentido art 3.1 Directiva 93/13)

Debe recordarse también que:

a) El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa (art. 82.3 TRLGDCU, y en igual sentido art. 4.1 de la Directiva 93/13).



b) El cumplimiento de la normativa sectorial no excluye el control de abusividad de las condiciones generales insertas en contratos celebrados con consumidores (pfo. 178 STS de 09.05.2013: *"la existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable"*).

c) También que conforme al ATJUE de 11.06.2015, asunto C-602/13, el hecho de que una cláusula inserta en un contrato no haya sido aplicada o puesta en práctica no excluye el control de abusividad (idea en la que incide la STJUE 26.01.2017).

d) Y que esta última (STJUE de 26.01.2017, asunto C421/14) apunta claramente a un control "en abstracto" del carácter abusivo de la cláusula contractual en los términos en los que figura redactada y por tanto, con independencia de que el profesional, en la práctica, no haya aplicado la literalidad de la misma, sino que se haya tratado de ajustar a los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional (pfs. 73-75).

Conforme a la Orden EHA / 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes; si bien 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 (art. 3.1) .

A la necesidad de que las comisiones respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos se refiere también el apartado 3 de la norma Tercera de la Circular 8/1990 del BE, incidiendo en la publicidad que han de dar al respecto las entidades financieras la Circular 5/2012 del BE.

En la Memoria de Reclamaciones (antes llamada Memoria del Servicio de Reclamaciones) del BE de 2016 se da información sobre las reclamaciones mas habituales resueltas por el Servicio y se dan unas pautas de actuación a las entidades que pueden ser útiles ¿por supuesto que no vinculantes- para quienes debemos someter a juicio de abusividad determinados comportamientos de las entidades bancarias.

Las SS AP de Álava nº 411/16, de 30 de diciembre y nº 261/2018, de 30 de mayo, confirman la nulidad de la cláusula RPD, argumentando que con la misma no se remunera un servicio prestado al cliente consumidor, que no se acredita la realidad de las reclamaciones concretas dirigidas a cada cliente al que se cobra la comisión fija y que las gestiones hayan podido realizarse con cada deudor tengan ese coste.

De la primera de las sentencias citadas extracto: " 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. (¿.) Cumple una función legítima, el recobro de lo impagado, pero que sirve al profesional, no al consumidor".

De la segunda, destaco: "¿ la práctica de la entidad demandada, en relación con la exigencia de una comisión de 35 euros por la reclamación de posiciones deudoras, no se justifica en su cuantía en relación con las gestiones que efectivamente se realicen y con ello tampoco resulta debidamente acreditada la proporcionalidad de la cantidad reclamada en relación con los gastos generados. Gastos y gestiones que son de plena discrecionalidad del empresario, pues incorpora riesgos o gastos que realmente son de su cuenta, en el ámbito de la explotación empresarial, por lo que la referida práctica, usada como condición general, en virtud de la cual, sin más justificación, la demandada puede reclamar al consumidor una cantidad determinada por reclamación de descubiertos, resulta contraria a las exigencias de la buena fe y causa un evidente desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes".

Otros Juzgados y Audiencias son de la misma opinión. Citaré únicamente la SJM de Palma de Mallorca de 06.01.2016, que a su vez cita a la AP de Las Palmas y a la de Zaragoza:

"¿laSAP de las Palmas, de 17 de octubre de 2013que declara"Siguiendo las consideraciones, al respecto, recogidas en lasentencia número 302/2011 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, de fecha 13/05/2011," según criterio sentado por el Banco de España en aplicación de su Circular 8/1990, de 7 de septiembre: "la comisión porreclamación de posiciones deudorasconstituye una práctica bancaria habitual que tiene por objeto el cobro de los costes en que ha incurrido la entidad, al efectuar las reclamaciones necesarias para la recuperación de los saldos deudores de sus clientes. Ahora bien, desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, y ante la dificultad de las entidades de determinar a priori, y de justificar a posteriori, para cada caso concreto, la existencia efectiva de gestiones de reclamación,es criterio del Servicio de Reclamaciones que el adeudo de esta comisión solo puede ser posible si, además de aparecer recogida en el contrato, se acredita que: - Su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante



el cliente deudor (algo que, a juicio de este Servicio, no está justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por el ordenador).- Es única en la reclamación de un mismo saldo. No obstante, se considera que su adeudo es compatible con la repercusión de los gastos soportados por la entidad como consecuencia, en su caso, de la intervención de terceros en las gestiones de reclamación. -Dada su naturaleza, su cuantía es única, cualquiera que sea el importe del saldo reclamado, no admitiéndose, por tanto, tarifas porcentuales." Por otra parte, ha de ser tenido en cuenta que el art. 85.7 RDLeg 1/2007 atribuye la cualidad de abusiva a las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta por incumplimiento de sus obligaciones".

QUINTO .- Saliendo al paso de los reproches que se han hecho a esta comisión la demandada dice que la comisión se cobra única y exclusivamente cuando existe servicio efectivo prestado (de reclamación), de forma que a este presupuesto se anuda el cobro en la propia cláusula contractual; si se cobra sin existir servicio efectivo existirá un supuesto de incorrecta aplicación de la cláusula. Se argumenta que con ello se resarce a la entidad de un gasto efectivo que realiza al diseñar y costear toda una estructura de recursos personales y materiales dedicados a la detección de impagados y gestión del procedimiento de cobro amistoso; labor que también tiene externalizada en algunos casos.

Se argumenta que al igual que la comisión de apertura, la comisión pro RPD es parte del precio del préstamo extendiendo a la misma los razonamientos contenidos en la STS 44/2019 sobre la comisión de apertura.

Como le resulta imposible o extremadamente difícil a la entidad justificar y acreditar el gasto concreto en el que ha incurrido en cada caso concreto y que alcance la cantidad fija en la que establece la comisión, trata de argumentar que el importe de la comisión es el coste unitario o medio obtenido a partir de un conjunto de gastos que soportan la estructura de recursos personales y materiales que invierten en el proceso de reclamación dirigido al cliente que presenta una posición deudora.

Aporta la demandada un informe pericial que muestra el esfuerzo probatorio de la parte, por un lado para acreditar la realidad de las gestiones que realiza la entidad demandada para la reclamación de posiciones deudoras, el procedimiento que se sigue y el protocolo al efecto establecido, y por otro, los recursos que en ello se invierten, el método y resultado del cálculo de los costes y el coste medio -coste unitario- que puede extraerse.

Aporta también a modo de ejemplo por su parte, un conjunto documental que reflejaría distintas gestiones de reclamación (doc. 10 de la contestación) y muestra de que la comisión solo se devenga cuando el deudor no regulariza su situación dentro de los tres días siguientes a la reclamación (doc. 8 de la contestación).

También acompaña certificado acreditativo del coste laboral del personal empleado en el Departamento encargado de estas comprobaciones y gestiones (doc. 9).

Y finalmente presenta como testigo a la persona a cargo de la sección de recuperación de impagados.

Efectivamente del conjunto de prueba que aporta la entidad se infiere que la demandada tiene una sección específica de reclamación y recobro de saldos deudores, con recursos materiales y personales adscritos a la misma; recursos y estructura que efectivamente tendrán un coste para la demandada. También acredita que tiene externalizadas determinadas gestiones en este mismo área. No solo porque aporta como doc. 11 ¿ 16 contratos celebrados entre CAJA LABORAL y distintas empresas (GESIF, actualmente CABOT y EXPERIAN) y facturas que las mismas giran a CLP; sino porque la verificación de todo ello constituye una parte del informe pericial que aporta.

El perito verifica la existencia efectiva de una sección denominada "Recuperación amistosa y precontenciosa", que se ubica físicamente en las oficinas de LABORAL KUTXA disponiendo de medios informático y resto de medios físicos necesarios para el desarrollo de su trabajo, así como el complemento de dichas gestiones mediante agencias de recobro externas. Verifica también que existe un manual interno que describe las funciones de la sección y su contenido. El procedimiento descrito en el manual pasa por distintas fases, con distintas intervenciones previstas para cada una de ellas. Los aspectos que el perito estima más destacables del manual (pág. 16) son:

-En el mismo momento en que se genera el saldo deudor, de forma automática se remite una carta de aviso de la situación de impago en la que se comunica que: "transcurridos 3 días desde la fecha de origen, el importe señalado, se incrementará 30 euros en concepto de comisión¿".

-El procedimiento de reclamación y recobro amistoso se estructura de forma diferenciada según si el deudor es una persona física o una empresa.

-Si es una persona física, las actuaciones de la sección se organizan en dos fases:



-Fase de telecobro: Se incorporan a esta sección el día nº 10 (o 35 día si tiene nómina o pasivo pero no garantía hipotecaria).

-Fase precontenciosa: Las referencias permanecen en la fase de telecobro hasta que le impagado más antiguo alcance los 75 días y los 1.000 euros de importe impagado. Llegado ese momento el sistema cambiará automáticamente a la fase precontenciosa.

-Las actuaciones seguidas por esta sección son de dos tipos:

De comunicación y reclamación de saldos mediante cartas, burofax, SMS y e-mail.

De análisis de la situación de los expedientes, de las alternativas de cobro existentes y sanción de las decisiones adoptadas.

Además del manual existe el manual operativo del "MORO" para la Unidad de Telecobro que se llama "sistema de Recobro (transacción "MORO", Operativa de Telecobro".

Verifica también el perito que existe un soporte en el que figuran las actuaciones de reclamación y recobro realizadas en cada expediente tramitado por la indicada sección de recuperación amistosa y precontenciosa.

Por tanto, la existencia de una estructura de recursos interna y externa (externalizada) no plantea mayores dudas a la juzgadora.

Debe hacerse un paréntesis para aclarar que lógicamente se trata de afirmaciones de un perito de parte. Pero por ello no puede rechazarse inicialmente el valor probatorio de la prueba, otra cosa es que las conclusiones del perito se sometan a la sana crítica y desde el punto de vista jurídico la juzgadora emita sus conclusiones. Pero las afirmaciones que hace el perito sobre lo que ha analizado, estudiado, visto o valorado, no hay motivo para ponerlas en duda cuando emite su informe bajo juramento de objetividad, declara en la vista como experto con conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos (art. 335 LEC) y la contraparte no aporta prueba alguna que lo rebata.

En una segunda parte de la pericial se calcula el coste anual de las actuaciones no judiciales de reclamación y recobro realizadas por la sección de recuperación amistosa y precontenciosa, llegando a la cifra de 1,5 millones de euros. Incluye en dicho cálculo el coste directo del personal de la sección, el coste directo derivado de la subcontratación de Agencias de Recobro Externo y el coste indirecto estimado de la sección de recuperación amistosa y precontenciosa. En dicho coste en cambio no incluye el coste de las notificaciones por burofax y SMS realizadas directamente por la sección y el coste del personal de la oficina que también toma parte en el proceso de recobro.

Al margen de lo que luego se dirá sobre el juicio de abusividad, debe ponerse de manifiesto que el perito describe el procedimiento previsto en el manual con un matiz que no se desprende ni de las cláusulas de las escrituras aportadas con la demanda ni de las tarifas que publica la entidad, como es el hecho de que no se devengue la comisión hasta transcurridos tres días desde el impago o descubierto.

Por otro lado, se pretende relacionar la existencia de una estructura de recursos y manuales o protocolos de actuación, y el gasto o coste que tiene para la entidad, con la justificación de la comisión, prescindiendo del dato de si los 30,05 euros que imponía en las escrituras públicas aportadas con la demanda o los 35 euros que publica en las tarifas actualizadas a 12.09.2017, se corresponde o no con el gasto efectivo en el que incurre en cada caso, en cada deudor.

SEXTO.- Ciertamente el perito describe un procedimiento regulado internamente por CAJA LABORAL, en el que emplea distintos recursos para la detección de impagados. Recursos todos ellos orientados al análisis y tratamiento específico e individualizado de cada caso. No se duda -porque no puede hacerse sin prueba en contrario- de que toda la estructura diseñada tiene por objeto un análisis individualizado de cada caso, para aplicar un método o sistema de reclamación (sea una mera llamada, un sms, o una cita presencial con el gestor correspondiente). E incluso que en un número de casos será eficaz y evitará que el banco tenga que acudir a sus servicios jurídicos de reclamación, evitándole costes mayores.

Pero la cuestión es que la comisión constituye un importe fijo, con independencia del número de gestiones que se hayan hecho con cada deudor. Habrá deudores que, no ya al segundo o tercer día sino al séptimo por ejemplo, y por tanto cuando ya se ha devengado la comisión -asumiendo a efectos dialécticos las afirmaciones del perito en cuanto a su devengo-, regularicen su situación, y no porque el banco haya mandado un sms al cuarto día, sino por otras circunstancias - por ejemplo disponibilidad de liquidez-. En tal caso el envío de un sms no puede tener un coste de 35 euros. En este sentido no puede decirse que la comisión cobrada tenga como contrapartida un servicio prestado al cliente; ello al margen de que no se ve que lo sea para el deudor sino mas bien para el banco. Claro que al deudor también interesará que no se judicialice cada impago. Pero qué



duda cabe que ante el incumplimiento del cliente (y que lamentablemente es esperable cuando se trabaja con miles de clientes) la entidad prefiere asumir el coste de una estructura que le permita recuperar determinados saldos deudores, filtrando así aquellos que solo tienen solución judicializando la reclamación.

Por ello, la cláusula sigue siendo contraria a la Orden EHA / 2899/2011, de 28 de octubre, y a las pautas que marca el Banco de España; se asume por la propia demandada que no puede justificar el coste que tiene la reclamación de la posición deudora de cada cliente al que sí cobra la comisión.

Pero además, desde el punto de vista jurídico (desde la óptica de la normativa de protección del consumidor) lo que se plantea es la licitud de tal práctica cuando implica trasladar al consumidor unos gastos en los que incurre el banco en su propio beneficio o interés y que además no son necesarios para el nacimiento y efectividad de su derecho de crédito, sino para evitar costes mayores en su reclamación.

Hay que tener en cuenta que se ejercita una acción colectiva y en este sentido no es determinante que se cobren 35 euros o 30, o que la redacción de la cláusula en un contrato o en otro (en préstamos hipotecarios, en cuentas corrientes, en libretas de ahorro;) tenga matices diferentes, o los tengan las cláusulas de CLP respecto de las utilizadas por otras entidades. Seguro que los costes globales en los que incurre la demandada -según el cálculo del perito- serán diferentes de los que tienen otras entidades. El análisis de la abusividad pasa por determinar si es lícito conforme a la normativa protectora de los consumidores y usuarios (y exactamente art. 82 y ss TRLGDCU) repercutir al cliente este tipo de gastos en los que la entidad incurre por propia voluntad. En este sentido no cabe pasar por alto que el perito habla de "gastos necesarios" cuando realmente no lo son para la efectividad del derecho de crédito de la prestamista.

Es esta perspectiva la que debe tenerse presente al resolver un pleito en el que se ejercita una acción colectiva. No se trata tanto del caso particular, ni de la tarifa concreta que aplique ahora la entidad o la que haya aplicado en el pasado o aplique en el futuro, sino de valorar la licitud de la práctica bancaria de cobrar este tipo de comisión.

Desde esta perspectiva, al menos en tanto el TS no se pronuncie al respecto, y no tiene noticia esta Juzgadora de que lo haya hecho hasta el momento, mantengo y confirmo el criterio que viene siguiendo este Juzgado en relación a la cláusula por RPD. Y por ello reitero:

El método empleado y el análisis que efectúa el perito puede ser válido para proporcionar una valoración económica del costo que puede tener para la entidad contemplar un procedimiento de reclamación de posiciones deudoras y aprontar los medios personales y materiales para llevarlo a cabo. Se trata por tanto de una información que le puede resultar útil a la demandada. Pero esto no significa que por ello la cláusula en cuestión y la práctica en general de cobro de una comisión RPD no cause, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de derechos y obligaciones que se deba tolerar en el ámbito del consumo a la parte fuerte o dominante de la relación contractual. Por ello, la cláusula es abusiva en los términos del art. 82.1 TRLGDCU.

Es además una cláusula que impone una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones (art. 85.6 TRLGDCU). Mantiene el demandado que responde a un daño o perjuicio distinto del que resarce el interés moratorio. Mantiene que el interés moratorio se limita a resarcir el lucro cesante, lo que en modo alguno se desprende de la jurisprudencia. Lo que dice el TS sobre el interés moratorio (STS 2 octubre 2001, rec. 1961/1996, 14 julio 2009, rec. 325/2005, 22 abril 2015, rec. 2351/2012 y 3 junio 2016, rec. 2499/2014) es que es 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;* " (cita de la SAP Álava de 30.12.2016). No distingue el TS, ni concreta que el interés moratorio resarza unos perjuicios concretos -el lucro cesante- y no otros, de forma que el banco pueda justificar el cobro de una cantidad añadida al interés moratorio por la misma situación de hecho -el impago de una cuota o mantener un descubierto-. Y sin duda duplicar la "sanción" desglosando el daño o perjuicio que pretende justificarla implica la imposición de una "sanción desproporcionadamente alta al consumidor incumplidor o deudor".

No es equiparable a mi juicio la comisión RPD a la comisión por apertura, respecto de la que el TS ha estimado que constituye parte del precio del préstamo y por tanto no sometida al control de abusividad. Para empezar la indicada comisión RPD no se cobra sólo en los préstamos, vemos que también en posiciones de descubierto en depósitos a la vista en los que el precio (al menos en teoría y prescindiendo de los tipos que se aplican) lo paga el banco por la disponibilidad de los fondos del cliente en forma de tipo de interés.

Pero recordemos lo que dice el TS al respecto en la STS 44/2019, de 23 de enero en los apartados que siguen:



"¿.No es aceptable la tesis mantenida por la Audiencia Provincial, según la cual solamente el interés remuneratorio tendría la naturaleza de precio del préstamo. Tal como expone la recurrente, la comisión de apertura no es una partida ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas principales del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales.

10.- No estamos propiamente ante la repercusión de un gasto, sino ante el cobro de una partida del precio que el banco pone a sus servicios. La tesis contraria llevaría al absurdo de que, para que el banco pudiera cobrar por estas actuaciones, las mismas habrían de estar externalizadas en una tercera entidad y solo en ese caso el banco podría repercutir en el cliente el precio cobrado por esa tercera entidad, que muy posiblemente pertenecería a su mismo grupo societario.

11.- Como tales partes principales del precio del préstamo, el interés remuneratorio y la comisión de apertura son objeto de regulación por las normas tanto de Derecho de la Unión Europea como de Derecho interno, con la finalidad de asegurar su transparencia. Uno de los principales medios de asegurar esa transparencia es que ambas partidas deben incluirse en el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE), que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo, por lo que podrá realizar una comparación con otras ofertas en tanto que la TAE constituye un instrumento de medida homogéneo, y podrá tomar conciencia del sacrificio patrimonial que la concesión del préstamo le supondrá"

No siendo trasladables tales argumentos a la comisión de RPD, que se puede establecer en el contrato pero no aplicarse nunca ¿porque no se de un descubierto o impago de cuota- no podrá entenderse que es precio del negocio jurídico. El supuesto de hecho al que se vincula su devengo es eventual. Y no siendo trasladables tales argumentos a la comisión RPD, solo puede determinarse, como decía la Sentencia de la AP recurrida en casación, que : "las actuaciones en las que la entidad bancaria pretende justificar el cobro de dicha comisión no justifican el cobro de dicha comisión porque se trata de actividades internas de la entidad bancaria, inherentes al negocio bancario, que no proporcionan servicio alguno al cliente y que por tanto no cabe su retribución" y que " aunque el art. 87.5 TRLCU permite que el empresario facture al consumidor los costes no repercutidos en el precio, dicho coste debe repercutirse proporcionalmente al gasto o servicio efectivamente prestado, pues si no se da tal proporcionalidad, se incidiría negativamente en el equilibrio prestacional a que se refiere el art. 80 TRLCU. Tal proporcionalidad no estaría probada en este caso".

Implica asimismo el cobro de una comisión no ya por servicios sino por gastos no en todos los casos realizados (art. 87.5), y en fin una comisión por gastos que en definitiva realizarlos depende de la voluntad del empresario ¿en función de la valoración que se haga conforme al protocolo establecido se decide si el expediente requiere reclamación por carta o burofax, por reclamación presencial¿- (lo que sería equivalente al supuesto contemplado en el art. 85.7 y 82.4 a).

SÉPTIMO .- Por otro lado y como argumento añadido se traslada al consumidor unos costes propios de la actividad empresarial de la entidad financiera. Trataríamos en todo caso de unos gastos en los que incurre voluntariamente la entidad, sin que la reclamación extrajudicial sea requisito necesario, ni para el nacimiento y efectividad del derecho de crédito sustantivo, ni para la acción a ejercitar en su defensa.

Contando además con algo que no se ha discutido por al entidad financiera: no se trata de una práctica negociada individualmente. Es decir, cabría el caso en el que por pacto particular el cliente acuerde con el banco que se le avise de una u otra forma de cualquier posición deudora en la que incurra; al igual que puede pactar la compensación de saldos deudores con positivos que tenga en otras cuentas. Pero no es de esto de lo que tratamos, sino de una comisión que la entidad aplica, bien al insertarla como condición general en los contratos, bien dando publicidad a las comisiones que la entidad cobrará al cliente, tal como vemos en las aportadas con la demanda.

Si se han generado unos gastos por reclamaciones extrajudiciales, podrá reclamarse su resarcimiento al accionar contra el incumplimiento contractual del cliente, eso sí, si se acreditan cumplida e individualizadamente, pero lo que se pretende con la cláusula en cuestión. es una "autoliquidación" por parte del empresario y de forma extrajudicial, vía condición general de contratación inserta en un contrato con un consumidor.

El empresario puede contemplar procedimientos alternativos o complementarios a la reclamación judicial, como vía para intentar un restablecimiento de los impagos o posiciones deudoras, sin necesidad de acudir a la vía judicial ante cualquier saldo deudor, pues como señala el perito existe un número importante de posiciones deudoras que se corrigen en pocos días. Pero entonces el empresario tendrá que contar con un cálculo ¿y a estos efectos sí que le resultará útil la pericial aquí aportada- del coste medio que le supone prever y aplicar un método o protocolo a fin de estudiar individualizadamente cada caso y valorar a partir de ahí si resulta



conveniente mandar un SMS, una carta de reclamación o, debido a la antigüedad del adeudo, a su reiteración o a cualquier otra circunstancia, debe plantearse remitir el expediente a los servicios jurídicos con los que cuenta. Pero esto implicará gasto, pérdida o inversión que deba absorber la propia actividad empresarial. Previo estudio y análisis de este y otros muchos gastos, el empresario determina entre otras cosas el precio de sus productos o servicios.

Existe una total desigualdad y falta de reciprocidad en la posición de una y otra parte; mientras que frente al posible incumplimiento del consumidor el empresario se procura por esta vía la recuperación de unos costes de reclamación extrajudicial que en todo caso no son necesarios para el nacimiento de su crédito, ante un posible incumplimiento del profesional, al consumidor no le queda otra que soportar los gastos de reclamación extrajudicial que quiera intentar antes de accionar.

Se nos dice que el Derecho nacional ¿derivado de trasposición de derecho comunitario- contempla una solución similar; es decir, el traslado al deudor de una indemnización por costes de reclamaciones como partida independiente del interés de demora, avalando así la diferenciación entre daño emergente y lucro cesante que defiende la demandada. Efectivamente la Ley 3/2004 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, prevé además de un interés moratorio en su art. 7, una indemnización por costes de cobro de una cantidad fija de 40 euros en el art. 8.

Sin embargo es obvio que tratamos de sectores que nada tienen que ver y de ahí que la existencia de tal norma no puede servir de parámetro para valorar, como apunta el TJUE, la solución que el Derecho nacional daría para el supuesto de inexistencia de la cláusula contractual cuestionada. Al igual que el interés moratorio contemplado en la Ley 3/2004, aplicable en operaciones comerciales entre empresarios, no es un parámetro válido para valorar la abusividad o proporcionalidad de un interés moratorio en un contrato con un consumidor, tampoco podrá serlo la posible liquidación anticipada de un gasto extrajudicial de reclamación, o si se quiere un daño emergente.

Por todo ello, la cláusula concreta en virtud de la cual la demandada cobra a sus clientes una comisión por reclamación de posiciones deudoras, así como la propia práctica en sí de cobro de la comisión por este concepto, constituye una cláusula y práctica abusiva, contraria al art. 82.1 (cláusula general), art. 85.6 (imposición de sanción desproporcionadamente alta por el incumplimiento), 87.5 (cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva) y art. 85.7 y 82.4. a (cláusulas que vinculan un determinado efecto a la exclusiva voluntad del empresario).

La demanda se estima con las consecuencias previstas en el suplico. Firme la presente sentencia, se publicará en un diario o periódico de los de mayor tirada en el País Vasco, conforme al art. 21 LCGC.

Se advierte igualmente a la demandada de que la condena constituye una obligación de hacer, de carácter personalísimo, y que en caso de no cumplir voluntariamente la misma, una vez firme la sentencia y despachada ejecución, se le podrá apremiar con multas pecuniarias de conformidad con lo dispuesto en los arts. 705, 709 y 711 LEC.

OCTAVO .- En materia de costas, no puede negarse que la estimación de la acción de cesación que se mantiene -tras el desistimiento de la que afectaba a la comisión de apertura- es íntegra, lo que lleva a la imposición de costas a la demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

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 KONTSUMITZAILIEN 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.

Una vez sea firme esta sentencia remítase al Registro de Condiciones Generales de la Contratación para su inscripción.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de ALAVA (artículo 455 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LEC).

Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la cuenta de depósitos y consignaciones que este juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 0844 1111 03 000519, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

No están obligados a constituir el depósito para recurrir los declarados exentos en la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN .- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por Sr./Sra. MAGISTRADO(A) que la dictó, estando mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia doy fe, en VITORIA-GASTEIZ, a 27 de septiembre de 2019.