

1.5. Obligaciones y contratos

Nulidad de las comisiones por reclamación de posiciones deudoras

Nullity of commissions for claim of debit positions

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO
Profesora Doctora de Derecho civil
Universidad de La Rioja

RESUMEN: La lucha de los consumidores contra determinadas prácticas bancarias ha tenido una nueva batalla ganada: la nulidad de la comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas. Así lo ha declarado la STS núm. 566/2019, de 25 de octubre, en un nuevo caso de ejercicio de acción colectiva en defensa de los consumidores.

En este trabajo se analizarán las condiciones para la admisibilidad de estas comisiones y los argumentos jurisprudenciales dados para la declaración de su nulidad, teniendo en cuenta también su diferente naturaleza con respecto a las cláusulas penales y a la indemnización por daños y perjuicios ante el incumplimiento contractual.

ABSTRACT: *The struggle of consumers against certain banking practices has had a new battle won: the nullity of the commission for claiming overdue debtor positions. This was stated by STS n.º 566/2019, of October 25th, in a new case of collective action in defense of consumers.*

In this paper, the conditions for the admissibility of these commissions and the jurisprudential arguments given for the declaration of their nullity will be analyzed, also taking into account their different nature with respect to the penal clauses and compensation for damages in the event of contractual breach.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas abusivas. Cláusula penal. Cliente bancario. Comisión por reclamación de posiciones deudoras. Indemnización. Nulidad.

KEY WORDS: *Abusive clauses. Penalty clause. Bank customer. Commission for claim of debit positions. Compensation. Nullity.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. COMISIONES POR RECLAMACIÓN DE POSICIONES DEUDORAS: ADMISIBILIDAD Y REGULACIÓN: 1. COMISIÓN POR RECLAMACIÓN DE POSICIONES DEUDORAS VS COMISIÓN POR DESCUBIERTO. 2. ADMISIBILIDAD DE LAS COMISIONES POR RECLAMACIÓN DE POSICIONES DEUDORAS. 3. COMISIÓN, CLÁUSULA PENAL

E INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO.—III. CARÁCTER ABUSIVO DE LA COMISIÓN POR RECLAMACIÓN DE POSICIONES DEUDORAS.—IV. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.

I. PLANTEAMIENTO

La lucha de los consumidores contra determinadas prácticas bancarias ha tenido una nueva batalla ganada: la nulidad de la comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas; no es nula en todo caso, pues es una comisión regulada y admitida en nuestro ordenamiento jurídico, pero sí se declara nula por abusiva al no cumplir alguno de los requisitos exigidos por nuestro ordenamiento y las buenas prácticas bancarias, así como vulnerar distintos artículos 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 (en adelante, TRLCU).

Así lo ha señalado la STS número 566/2019, de 25 de octubre, en resolución de un recurso de casación que tiene su origen en una acción colectiva de nulidad planteada por una asociación de consumidores contra «Kutxabank S.A.» por el uso por esta de la comisión por reclamación de posiciones deudoras en distintos productos crediticios.

Cabe destacar que estamos ante una comisión cuya operatividad se discute no solo en el marco de un préstamo hipotecario, como viene siendo lo habitual en los últimos años en esa lucha judicializada contra las cláusulas bancarias abusivas; estas comisiones vienen siendo cobradas y utilizadas en todo tipo de préstamo y crédito y también en depósitos a la vista.

Las reclamaciones y quejas contra este tipo de comisiones ya se habían puesto de manifiesto en distintas resoluciones judiciales de diversas Audiencias Provinciales que declararon su nulidad y abusividad: así, cabe citar, entre otras, la SAP Guipúzcoa (sec. 2.ª) de 20 de abril de 2015, SAP Castellón (sec. 1.ª) de 18 de mayo de 2015, SAP Madrid (sec. 12.ª) de 29 de febrero de 2016, SAP Asturias (sec. 6.ª) de 2 de junio de 2016, SAP Valencia (sec. 9.ª) de 18 de julio de 2016, SAP Álava (sec. 1.ª) de 30 de diciembre de 2016, SAP de Jaén (sec. 1.ª) de 17 de mayo de 2017, SAP Barcelona (sec. 15.ª) de 26 de mayo de 2017, SAP Asturias (sec. 5.ª) de 28 de julio de 2017, SAP Asturias (sec. 1.ª) de 26 de octubre de 2017, SAP Cáceres (sec. 1.ª) de 15 de noviembre de 2017, SAP La Rioja (sec. 1.ª) de 19 de marzo de 2018, SAP Valencia (sec. 9.ª) de 7 de mayo de 2018, SAP Córdoba (sec. 1.ª) de 31 de mayo de 2018, SAP Córdoba (sec. 1.ª) de 18 de septiembre de 2018 y SAP Barcelona (sec. 15.ª) de 28 de enero de 2019. Pero ha sido recientemente con la mencionada STS de 25 de octubre de 2019 que nuestro Alto Tribunal ha concretado ya un pronunciamiento claro a este respecto.

En este trabajo se analizarán las condiciones para la admisibilidad de estas comisiones y los argumentos jurisprudenciales dados para la declaración de su nulidad, teniendo en cuenta también su diferente naturaleza con respecto a las cláusulas penales y a la indemnización por daños y perjuicios ante el incumplimiento contractual.

II. COMISIONES POR RECLAMACIÓN DE POSICIONES DEUDORAS: ADMISIBILIDAD Y REGULACIÓN

1. COMISIÓN POR RECLAMACIÓN DE POSICIONES DEUDORAS VS COMISIÓN POR DESCUBIERTO

En primer lugar debe distinguirse las comisiones por reclamación de posiciones deudoras de las comisiones por descubiertos, pues son cuestiones diferentes aunque a veces se confunden; como señala el Banco de España, cada una de estas comisiones retribuye servicios distintos y por ello no deben confundirse¹.

Con la comisión por descubierto se hace referencia al importe que nos cobra la entidad por el hecho de concedernos un crédito para atender a situaciones en las que estamos en «números rojos», es decir, en las que se produce un saldo negativo en la cuenta al hacerse un cargo por un importe respecto del que no hay saldo suficiente en la cuenta. En este caso, ante esa situación de descubierto, el banco nos «cubre» y efectivamente asume el cargo en la cuenta; pero para ello nos ha proporcionado un crédito por el importe que faltaba respecto al saldo que existía en nuestra cuenta. A cambio de ese beneficio crediticio cubriendo los descubiertos que tengamos, la entidad puede cobrarnos una comisión. El Banco de España en su memoria de reclamaciones del año 2018 advierte que «el descubierto en cuenta corriente supone una facilidad crediticia concedida por las entidades y que, salvo pacto expreso en contrario, son estas y no los clientes las que deciden si admiten o no cargos en descubierto» y que «como contraprestación, las entidades perciben una comisión que, generalmente, se aplica sobre el descubierto mayor de todo el periodo de liquidación»².

Por su parte, con la comisión de reclamación de posiciones deudoras se hace referencia al importe que nos cobra la entidad con motivo de la reclamación que nos hace para recuperar alguna cantidad impagada y adeudada: sea por una cuota de un préstamo, o por una deuda crediticia o incluso por un descubierto abonado por la entidad; se trata de una comisión por la gestión realizada para reclamarnos las cantidades adeudadas.

Por tanto, como señala el Banco de España, «mientras que la comisión por reclamación de posiciones deudoras retribuye el coste de las gestiones que efectúa la entidad para recuperar el impagado, la comisión de descubierto retribuye la facilidad crediticia que concede la entidad a su cliente»³.

Concretada la diferencia entre ambas figuras, en este trabajo nos centraremos en la comisión por reclamación de posiciones deudoras.

2. ADMISIBILIDAD DE LAS COMISIONES POR RECLAMACIÓN DE POSICIONES DEUDORAS

Las comisiones bancarias en general vienen contempladas en el artículo 3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, admitiendo su exigibilidad en virtud de pacto en la cuantía libremente fijada por las partes⁴. Ahora bien, en esta norma se condiciona la admisibilidad de las comisiones o la repercusión de gastos al hecho de que se trate de servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y a que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. Ello, además, unido a la oportuna información que debe prestarse gratuitamente al cliente en todo momento (previamente a la firma del contrato pero también durante el desarrollo del mismo antes del cobro) sobre los conceptos, periodicidad

e importe de las comisiones o gastos repercutibles que pudieran derivarse de la ejecución del contrato bancario⁵.

Por lo que a la comisión por reclamación de posiciones deudoras se refiere, el Banco de España insiste en la exigencia de que respondan a gestiones efectivas de reclamación realizadas ante el cliente deudor, que no se aplique de manera automática, pero que sea de cuantía única (sin admitirse tarifas porcentuales) y de aplicación no reiterada en relación a la reclamación de un mismo saldo.

En sus memorias anuales de reclamaciones, concretando los criterios seguidos por el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones (DCMR), el Banco de España alude a estas comisiones. Se atiende a ello con carácter más general con referencia a las comisiones en depósitos bancarios, con alusión directa y expresa a lo previsto en la Orden EHA/2899/2011 a la que antes he aludido, así como a la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, insistiendo en la transparencia y los deberes de información, de modo gratuito, oportuno y en formato unificado. Pero, asimismo, y de modo más exhaustivo y específico, las memorias de reclamaciones del Banco de España aluden a esta comisión cuando es cobrada con ocasión del impago de cuotas o recibos de créditos o préstamos hipotecarios o en el marco de depósitos a la vista.

Así, en particular, para estos casos de préstamos hipotecarios y depósitos a la vista expresamente, en la memoria de reclamaciones del Banco de España de 2018 en relación a estas comisiones por reclamaciones ante posiciones deudoras⁶, se advierte de que el cobro y aplicación de esta comisión constituye una práctica bancaria habitual, que tiene por objeto la recuperación de los costes que debe soportar la entidad como consecuencia de las gestiones necesarias para la recuperación de los impagados, siendo preceptiva para su procedencia la mención en el documento contractual correspondiente. Ahora bien, el DCMR considera que, para poder efectuar adeudos por este concepto, además de estar recogida la comisión en el contrato, desde el punto de vista de las buenas prácticas bancarias deben cumplirse una serie de requisitos:

a) Primero, que el devengo de la comisión esté vinculado a la existencia de gestiones efectivas de reclamación realizadas ante el cliente deudor. A juicio del DCMR esto no queda justificado con la simple remisión periódicamente de una carta generada por ordenador, debiendo la entidad concretar y acreditar la realización de dichas gestiones.

b) Además, la comisión no puede reiterarse en la reclamación de un mismo saldo por gestiones adicionales realizadas por la entidad con el mismo fin, ni siquiera cuando, en el caso de impago en el tiempo, este se prolonga en sucesivas liquidaciones. No obstante, se considera que la aplicación de la comisión es compatible con la repercusión de los gastos soportados por la entidad a consecuencia, en su caso, de intervención de terceros (por ejemplo, notaría) en las gestiones de reclamación (siempre que tal circunstancia esté contractualmente contemplada y acreditada). A este respecto, en relación a la actuación de terceros, teniendo en cuenta que en ocasiones las entidades de crédito contratan a empresas externas para reclamar las posiciones deudoras de sus préstamos hipotecarios, procediendo en tales situaciones a adeudar posteriormente a los prestatarios los gastos de gestión externa repercutidos por dichas mercantiles, consecuencia de ello coexisten en ocasiones dichas gestiones externas de recobro con las habituales gestiones de recobro llevadas a cabo por la propia prestamista. Respecto a estos gastos de gestión externos, el DCMR ha venido exigiendo para su repercusión al cliente su debida previsión contractual, indicándose las concretas actuaciones

de recobro encomendadas a dichas empresas externas, así como su coste para el prestatario y justificando convenientemente, en su caso, la necesidad de delegar en ellas dichas gestiones, en vez de acometerlas la propia prestamista, o la de llevar a cabo ambas acciones paralelas de recobro, siendo el coste repercutido a los clientes habitualmente mayor que el de las comisiones por reclamación de posiciones deudoras cobradas por la prestamista.

c) En tercer lugar, dada su naturaleza, se exige que la cuantía de la comisión cobrada sea única, cualquiera que sea el importe del saldo reclamado, no admitiéndose tarifas porcentuales pues los gastos son consecuencia de unos actos de gestión que no dependen de la cuantía de la deuda.

d) Y, por último, como criterio adicional, se considera que la aplicación automática de dicha comisión no constituiría una buena práctica financiera (ni una aplicación correcta de los principios antes señalados), ya que la reclamación debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada impagado y de cada cliente.

Todas estas condiciones lógicamente se prevén para evitar cobros abusivos por servicios inexistentes, innecesarios o no pedidos ni queridos por el cliente. Y es precisamente en estos requisitos en los que se fija el Tribunal Supremo a la hora de resolver el recurso de casación y decidir sobre los motivos y argumentos esgrimidos por el recurrente en el caso planteado y resuelto con la STS núm. 566/2019, de 25 de octubre en relación con las comisiones por posiciones deudoras previstas en diversos productos bancarios ofrecidos por la recurrente.

3. COMISIÓN, CLÁUSULA PENAL E INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO

En ocasiones se confunden, o se busca deliberada y oportunamente la confusión (concretamente por la entidad bancaria demandada en muchos de los procesos de nulidad de la comisión por reclamación de posiciones deudoras), las figuras de la comisión, la cláusula penal y la indemnización de daños y perjuicios. Pero estas son figuras independientes y diferentes entre sí, con finalidades distintas.

Como se ha indicado, las comisiones bancarias responden, según el Banco de España, a un fin de retribución por unos servicios concretos efectivamente prestados (en el caso objeto principal de este trabajo de la comisión por reclamación de posiciones deudoras, supone la retribución por las gestiones que la entidad realiza para reclamar y poder cobrar unos importes debidos).

La indemnización por incumplimiento o por mora (retraso en el cumplimiento) haría referencia al importe a abonar por el incumplidor por dolo, culpa o mora en su actuación de cara al cumplimiento de la prestación debida (cfr. art. 1101 CC⁷). En el caso de las obligaciones dinerarias esa indemnización por mora o incumplimiento se configura bajo los intereses moratorios, en los términos que se hubieran pactado o, a falta de pacto, en el interés legal (art. 1108 CC⁸). En tal sentido, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en, entre otras, STS núm. 869/2001, de 2 de octubre, y STS núm. 709/2011, de 26 de octubre, «los intereses de demora no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor».

Por su parte, las cláusulas penales hacen referencia con carácter general a una indemnización ya pactada para el caso de que se produzca un incumplimiento, eximiendo de la prueba de la acreditación del daño; por el hecho

del incumplimiento se procederá a aplicar esa cláusula penal, habiéndose ya prefijado y liquidado de modo anticipado en el momento de la firma del contrato cuál es la consecuencia de ese incumplimiento. Respecto de las cláusulas penales el artículo 1152 del Código civil advierte que «en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado». Por lo tanto, en principio, esa cláusula penal cumpliría como tal una función resarcitoria del daño causado por el incumplimiento, y en cuanto tal sustituiría esa indemnización de daños a la que antes se ha hecho referencia, y, en el caso de las obligaciones dinerarias, a los intereses moratorios, sin que puedan estos aplicarse. Sin embargo, con base en ese inciso del artículo 1152 del Código civil «si otra cosa no se hubiere pactado», en caso de que efectivamente las partes así lo hubieran acordado (con base en el principio de autonomía de la voluntad *ex art. 1255 CC*), se podrían acumular las sanciones derivadas de la cláusula penal y de la indemnización (en su caso, intereses moratorios) buscando con esa cláusula penal una función o finalidad no resarcitoria, sino más sancionadora o punitiva; ahora bien, respecto a esta posibilidad sancionadora cumulativa la STS núm. 530/2016, de 13 de septiembre, advirtió que:

- a) No se permite en los contratos con consumidores.
- b) Debe respetar en todo caso los límites a la autonomía de la voluntad previstos en el artículo 1255 del Código civil: ley, moral y orden público.
- c) Las cláusulas penales con función punitiva no pueden ser desproporcionadas.

Expuestas las notas características de cada una de estas figuras, por lo que se refiere a la comisión por reclamación de posiciones deudoras, la STS núm. 566/2019, de 25 de octubre, determina expresa y específicamente que tal comisión no puede calificarse ni como cláusula penal ni como indemnización por mora en el cumplimiento.

Advierte esta sentencia a este respecto que tratándose de una condición general de la contratación no resulta aplicable el artículo 1255 del Código civil pues el cliente tan solo se adhiere al contrato y a su clausulado (incluida la estipulación que contiene la previsión de esa comisión) sin que tenga posibilidad de negociar nada de modo particular ni excluir tal estipulación (la única facultad que se le reconoce es la de decidir si celebra y firma el contrato o no lo hace).

Además, tratándose de una obligación dineraria, se resalta que generarían unos intereses de demora ante el incumplimiento o retraso del deudor, pero la comisión no puede incluirse en el concepto de los intereses moratorios o en su contenido como sanción de la morosidad, pues esta comisión no se prevé como retribución de la mora sino de unos servicios por reclamación de deuda (servicios que, por otro lado, deberán justificarse y acreditarse).

Asimismo, señala el Tribunal Supremo en esta sentencia de 25 de octubre de 2019 que «la comisión objeto del litigio utilizada por la entidad recurrente ni contiene un pacto de preliquidación de los daños y perjuicios, ni sustituye su indemnización, que vendrá constituida por el pago de los intereses moratorios pactados (que no sean abusivos). Y si tuviera una finalidad puramente punitiva, contravendría el artículo 85.6 TRLCU, según declaramos en la sentencia 530/2016, de 13 de septiembre. Como no parece que la entidad vaya a renunciar al cobro de los intereses moratorios por el abono de la comisión, en el mejor de los casos para la recurrente, si aceptáramos a efectos meramente dialécticos que la comi-

sión es una cláusula penal, sería nuevamente redundante y, por tanto, incurriría en desproporción».

III. CARÁCTER ABUSIVO DE LA COMISIÓN POR RECLAMACIÓN DE POSICIONES DEUDORAS

Como se ha comentado anteriormente, este tipo de comisiones *per se* no son abusivas ni nulas. Se admite su incorporación pero debe respetar su finalidad y naturaleza así como los límites que las normas y la jurisprudencia le imponen.

El Tribunal Supremo en la sentencia núm. 566/2019, de 25 de octubre, determinó recientemente la nulidad por abusiva de esta comisión en el caso concreto enjuiciado. Con ello confirmó la SAP de Álava (sec. 1.^a) de 30 de diciembre de 2016, que ya argumentaba en pro de esa nulidad y abusividad; como, por otra parte, lo han hecho varias Audiencias Provinciales hasta ahora: así, entre otras, cabe citar la SAP Guipúzcoa (sec. 2.^a) de 20 de abril de 2015, SAP de Castellón (sec. 1.^a) de 18 de mayo de 2015, SAP de Madrid (sec. 12.^a) de 29 de febrero de 2016, SAP de Asturias (sec. 6.^a) de 2 de junio de 2016, SAP de Valencia (sec. 9.^a) de 18 de julio de 2016, SAP de Álava (sec. 1.^a) de 30 de diciembre de 2016, SAP de Jaén (sec. 1.^a) de 17 de mayo de 2017, SAP de Barcelona (sec. 15.^a) de 26 de mayo de 2017, SAP de Asturias (sec. 5.^a) de 28 de julio de 2017, SAP de Asturias (sec. 1.^a) de 26 de octubre de 2017, SAP de Cáceres (sec. 1.^a) de 15 de noviembre de 2017, SAP de La Rioja (sec. 1.^a) de 19 de marzo de 2018, SAP de Valencia (sec. 9.^a) de 7 de mayo de 2018, SAP de Córdoba (sec. 1.^a) de 31 de mayo de 2018, SAP de Córdoba (sec. 1.^a) de 18 de septiembre de 2018 y SAP de Barcelona (sec. 15.^a) de 28 de enero de 2019.

Veamos los argumentos esgrimidos por esta jurisprudencia, y principalmente por el Tribunal Supremo en esa sentencia de 25 de octubre de 2019, para declarar la abusividad y, en consecuencia, la nulidad de la comisión por reclamación de posiciones deudoras. Son argumentos que inciden en la indeterminación y falta de acreditación de los servicios realmente prestados y del coste efectivo para la entidad (con infracción del artículo 87.5 TRLCU⁹, por cobro de servicios no prestados), en la duplicidad o desproporción de la indemnización (contraria al art. 85.6 TRLCU¹⁰), en el hecho de alterar la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (en contra del art. 88.2 TRLCU¹¹) o de dejar la interpretación de la norma a la voluntad de la entidad predisponente (contrario al artículo 85.3 TRLCU¹²) y en que se alude a servicios o costes que realmente debería asumir el empresario o entidad bancaria por cuanto a ella le interesa e incumbe el desarrollo de las actuaciones propias para el cobro de los importes debidos (infringiendo el art. 89.3 TRLCU¹³).

A) Un primer argumento reiterado entre nuestros tribunales es que el cobro de la comisión realmente no retribuye un servicio efectivamente prestado por la entidad. No se acreditan oportunamente los servicios realizados o gestiones o actuaciones llevadas a cabo para la reclamación de los importes debidos y que justifiquen el cobro de esa comisión en los términos hechos ni se prueban los gastos o costes efectivamente sufridos por la entidad por esa reclamación.

Tal y como señaló ya el Tribunal Supremo en su sentencia de Pleno número 705/2015, de 23 de diciembre, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.4 TRLCU) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos,

recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.5 TRLCU).

La entidad debe concretar y acreditar la realización efectiva de dichas gestiones y su coste, pues es lo que debe retribuirse de modo justificado. Y a este respecto, el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España advierte que la realización efectiva de gestiones de reclamación no queda justificada con la simple remisión periódicamente de una carta generada por ordenador, debiendo la entidad concretar y acreditar la realización de dichas gestiones¹⁴.

B) Ahora bien, cabe advertir que esta falta de prueba no tiene lugar únicamente *a posteriori* una vez cobrada la comisión y en el proceso no se acredita la gestión realizada para la reclamación de la deuda. Es que ni siquiera en la mayoría de los contratos se identifica el tipo de gestión que se va a llevar a cabo para la reclamación y que justificaría el cobro de la comisión, por lo que no puede concretarse si en el caso concreto esa reclamación va a generar un gasto realmente ni qué gasto será: no es lo mismo que se requiera de pago simplemente por correo electrónico, o por una notificación electrónica automática o por SMS, o incluso por un requerimiento verbal cuando el cliente acuda a la oficina por cualquier otro motivo, que si la reclamación se efectúa por burofax o requerimiento notarial o carta certificada con acuse de recibo.

Es precisamente la indeterminación existente, causada voluntariamente por la entidad predisponente de la cláusula, la que determina su abusividad, pues al no concretar ni aclarar cómo se llevará a cabo el devengo y cómo se aplicará la comisión vulnera el derecho básico a la información que tiene el consumidor (*cfr.* art. 86 TRLCU) y deja la interpretación de la cláusula (que es una condición general impuesta unilateralmente por el banco) a la libre voluntad de la entidad predisponente, lo que supone una vulneración del artículo 85.3 TRLCU.

C) Con respecto a lo indicado en los dos anteriores apartados A) y B), el TJUE en su sentencia de 3 de octubre de 2019 (asunto *Gyula Kiss*, C-621/17)¹⁵ ya advirtió que: «37. ... [La] exigencia de transparencia se ha de entender como una obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él tiene dicha cláusula (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2015, Bucura, C-348/14, no publicada, EU:C:2015:447, apartado 55 y jurisprudencia citada). [...] 43. Ciertamente, de la jurisprudencia mencionada en el apartado 37 de la presente sentencia no se desprende que el prestamista esté obligado a precisar en el contrato de que se trate la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en una o varias cláusulas contractuales. No obstante, habida cuenta de la protección que la Directiva 93/13 pretende conceder al consumidor por el hecho de encontrarse en una situación de inferioridad con respecto al profesional, tanto en lo que respecta a la capacidad de negociación como al nivel de información, es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que aquellos retribuyen».

Esta STJUE alude, asimismo, a otra de este mismo tribunal (la STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto *Matei*, C-143/13)¹⁶ en la que, atendiendo a una

denominada «comisión de riesgo», se aludía a la necesaria valoración por el tribunal de la transparencia y adecuación entre el importe de esa comisión y los servicios prestados al respecto por el prestamista; debiendo valorar su posible abusividad «en el sentido del artículo 3 de la Directiva 93/13, en la medida en que imponen al consumidor el pago de una comisión de un importe significativo para garantizar el reembolso del préstamo, cuando tal riesgo —según se alega— ya está cubierto con una hipoteca y cuando el banco, a cambio de dicha comisión, no presta ningún servicio real que redunde solo en beneficio del consumidor».

D) En relación con lo anterior, cabe advertir que realmente con las gestiones por reclamación para cobrar las deudas el interés atendido no es el del consumidor sino el del propio empresario o entidad bancaria; por lo tanto, se tratan de unas gestiones propias de la posición de acreedor como legitimado para reclamar la deuda y, por ello, esos gastos debieran corresponder a la entidad bancaria, sin que el consumidor deba asumir su coste ni pueda repercutírseles. De modo que por repercutir esos costes o gastos al consumidor tal cláusula sería abusiva al infringir lo previsto en el artículo 89.3 TRLCU¹⁷.

E) Además, la indeterminación a la que antes se ha aludido provoca que a los intereses de demora que surgirían ante el incumplimiento o mora en el pago se le sumaría sin más esta comisión por reclamación como sanción por el mismo concepto, provocando una indemnización duplicada, desproporcionada y abusiva (infringiendo lo previsto en los arts. 85.6 y 87.5 TRLCU). Y ello en cuanto no puede configurarse esta comisión ni como indemnización por incumplimiento o mora ni como cláusula penal, tal y como se señaló en este trabajo en un apartado anterior.

Se ha advertido por los tribunales que esta comisión por reclamación de posiciones deudoras realmente no supone una garantía para el cumplimiento de las obligaciones, ni una sanción por incumplimiento preliquidativa y sustitutiva de una indemnización de daños; no es, en definitiva, una cláusula penal y, si se configurara como tal, en todo caso cabría considerarla abusiva por determinar una sanción redundante junto con los intereses de demora y, por ello, desproporcionada (cfr. art. 85.6 TRLCU).

F) Por otro lado, en la mayoría de las ocasiones esta comisión se plantea como de cobro automático por y tras el impago, lo que es contrario a lo indicado por el Banco de España respecto a las comisiones y las buenas prácticas bancarias a desarrollar¹⁸.

G) Igualmente contrario a esas buenas prácticas supone el hecho de que se permita el cobro de la comisión de modo reiterado por un mismo impago mantenido en distintas liquidaciones, pues en la previsión contractual no se acogen ni determinan periodos de liquidación específicos, lo que implica un cobro repetido e injustificado, contrario a la exigencia del Banco de España de que la cuantía de la comisión sea única¹⁹. La comisión debe responder a un concreto y único saldo deudor y cobrarse una única vez, y no cada vez que se liquida reclamándose de nuevo esa misma deuda.

H) También se ha puesto de manifiesto que en muchos casos con esta comisión incluida unilateralmente se alteraba la carga de la prueba en perjuicio del consumidor en la medida que se obligaba a este a acreditar que o no hubo gestión real por reclamación y/o que el coste no era el cobrado, cuando esa carga, al menos por facilidad probatoria, correspondería a la entidad bancaria de cara a acreditar la efectividad de ese servicio o gestión realizada y la realidad de que el importe cobrado se ajustaba al coste de la gestión realizada.

IV. CONCLUSIONES

I. No debe confundirse la comisión por descubierto con la comisión por reclamación de posiciones deudoras, pues ambas tienen una finalidad y causa distintas.

II. Igualmente debe tenerse en cuenta que la comisión por reclamación de posiciones deudoras no es una cláusula penal ni supone una indemnización por incumplimiento del contrato.

III. La comisión por reclamación de posiciones deudoras supone la retribución de las gestiones que la entidad bancaria realiza para reclamar y cobrar ciertas cantidades debidas.

IV. Estas comisiones están admitidas por nuestro ordenamiento jurídico si bien requiere su previsión expresa en el contrato y que respondan a servicios o actuaciones de reclamación realmente realizados y a costes o gastos efectivamente acreditados.

V. Además deben ser de cuantía única, sin que sea posible su aplicación reiterada por el mismo impago y saldo deudor, aunque se mantenga durante varias liquidaciones sucesivas. Tampoco puede ser de aplicación automática.

VI. Los principales argumentos jurisprudenciales que determinan la nulidad por abusivas de las comisiones por reclamación de posiciones deudoras inciden en la indeterminación y falta de acreditación de los servicios realmente prestados y del coste efectivo para la entidad (con infracción del art. 87.5 TRLCU, por cobro de servicios no prestados), en la duplicidad o desproporción de la indemnización (contraria al art. 85.6 TRLCU), en el hecho de alterar la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (en contra del art. 88.2 TRLCU) o de dejar la interpretación de la norma a la voluntad de la entidad predisponente (contrario al art. 85.3 TRLCU) y en que se alude a servicios o costes que realmente debería asumir el empresario o entidad bancaria por cuanto a ella le interesa e incumbe el desarrollo de las actuaciones propias para el cobro de los importes debidos (infringiendo el art. 89.3 TRLCU).

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE de 26 de febrero de 2015 (asunto *Matei*, C-143/13).
- STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto *Gyula Kiss*, C-621/17).
- STS núm. 869/2001, de 2 de octubre de 2001.
- STS núm. 709/2011, de 26 de octubre de 2011.
- STS núm. 705/2015, de 23 de diciembre de 2015.
- STS núm. 530/2016, de 13 de septiembre de 2016.
- STS núm. 566/2019, de 25 de octubre de 2019.
- SAP Guipúzcoa (sec. 2.^a) de 20 de abril de 2015.
- SAP Castellón (sec. 1.^a) de 18 de mayo de 2015.
- SAP Madrid (sec. 12.^a) de 29 de febrero de 2016.
- SAP Asturias (sec. 6.^a) de 2 de junio de 2016.
- SAP Valencia (sec. 9.^a) de 18 de julio de 2016.
- SAP Álava (sec. 1.^a) de 30 de diciembre de 2016.
- SAP Jaén (sec. 1.^a) de 17 de mayo de 2017.
- SAP Barcelona (sec. 15.^a) de 26 de mayo de 2017.
- SAP Asturias (sec. 5.^a) de 28 de julio de 2017.
- SAP Asturias (sec. 1.^a) de 26 de octubre de 2017.

- SAP Cáceres (sec. 1.^a) de 15 de noviembre de 2017.
- SAP La Rioja (sec. 1.^a) de 19 de marzo de 2018.
- SAP Valencia (sec. 9.^a) de 7 de mayo de 2018.
- SAP Córdoba (sec. 1.^a) de 31 de mayo de 2018.
- SAP Córdoba (sec. 1.^a) de 18 de septiembre de 2018.
- SAP Barcelona (sec. 15.^a) de 28 de enero de 2019.

NOTAS

¹ *Vid.*, páginas 306-308 de la memoria de reclamaciones del Banco de España de 2018: https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/18/00_Memoria_reclamaciones_completa.pdf.

² Página 308 de la memoria de reclamaciones del Banco de España de 2018: https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/18/00_Memoria_reclamaciones_completa.pdf. Señala también el Banco de España que: «En cualquier caso, será preciso que esta comisión venga recogida en el contrato de la cuenta afectada. Además, ha de tenerse en consideración que la entidad debe comunicar el detalle de la liquidación efectuada en la cuenta corriente, mediante la entrega del correspondiente documento de liquidación de la cuenta, con la periodicidad pactada».

³ Página 308 de la memoria de reclamaciones del Banco de España de 2018: https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/18/00_Memoria_reclamaciones_completa.pdf.

⁴ Junto con esta Orden EHA/2899/2011 cabe referirse asimismo a la Circular 5/2012 del Banco de España de 27 de junio que viene a desarrollarla; e, igualmente, a la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago.

⁵ El apartado 2 del artículo 3 de la Orden EHA/2899/2011 señala: «2. Las entidades de crédito deberán poner a disposición de los clientes, debidamente actualizadas, las comisiones habitualmente percibidas por los servicios que prestan con mayor frecuencia, así como los gastos repercutidos en dichos servicios, todo ello en un formato unificado, conforme a los términos específicos que determinará el Banco de España. Esta información incluirá, en todo caso, de manera sencilla y que facilite la comparación entre entidades, los conceptos que devengan comisión, la periodicidad con que se aplican y el importe de las mismas de manera desagregada por periodo en que se apliquen. Esta información estará disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España, y deberá estar a disposición de los clientes, en cualquier momento y gratuitamente». En los siguientes apartados 3 y 4 este precepto hace referencia a la información oportuna sobre gastos y comisiones cuando se trate de un servicio bancario prestado a un cliente a través de un medio de comunicación a distancia o de un cajero automático o de un dispositivo similar.

⁶ *Vid.*, páginas 132-133 y 303-304 de la referida memoria (https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/18/00_Memoria_reclamaciones_completa.pdf).

⁷ Conforme al artículo 1101 del Código civil: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas».

⁸ Artículo 1108 del Código civil: «Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal».

⁹ Conforme al artículo 87.5 TRLCU: «Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular: [...] 5. Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el

tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva».

¹⁰ El artículo 85.6 TRLCU señala: «Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes: [...] 6. Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones».

¹¹ Conforme indica el artículo 88.2 TRLCU: «En todo caso se consideraran abusivas las cláusulas que supongan: [...] 2. La imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y usuario en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante».

¹² Según el artículo 85.3 TRLCU: «Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes: [...] 3. Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato. En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquellos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y estos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna. Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada por los motivos válidos expresados en él, siempre que el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario con antelación razonable y este tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el empresario informe de ello inmediatamente a los demás contratantes».

¹³ Conforme al artículo 89.3 TRLCU: «En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: [...] 3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario».

¹⁴ *Vid.*, página 132 de la memoria de reclamaciones del Banco de España de 2018 (https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/18/00_Memoria_reclamaciones_completa.pdf).

¹⁵ Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62017CJ0621&lang1=es&typex=TEXT&ancre=>.

¹⁶ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=ecli:ECLI:EU:C:2015:127>.

¹⁷ Conforme al artículo 89.3 TRLCU: «En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: [...] 3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario».

¹⁸ *Vid.*, página 133 de la memoria de reclamaciones del Banco de España de 2018 (https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/18/00_Memoria_reclamaciones_completa.pdf).

¹⁹ *Vid.*, páginas 132-133 de la memoria de reclamaciones del Banco de España de 2018 (https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/18/00_Memoria_reclamaciones_completa.pdf).