

**NULIDAD DE LA COMISIÓN POR RECLAMACIÓN DE POSICIONES DEUDORAS
POR NO RESPONDER A UN SERVICIO PRESTADO AL CLIENTE Y CONSTITUIR,
EN ÚLTIMA INSTANCIA, UN GASTO PROPIO DEL ACREEDOR**

**Comentario a la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava nº
411/2016 de 30 de diciembre de 2016 (JUR\2017\6552)**

Blanca Pérez Soberón
Máster en Derecho Privado
Universidad Complutense de Madrid

Fecha de publicación: 20 de marzo de 2017

1. Supuesto de hecho

En el caso objeto de análisis, se interpuso demanda de juicio verbal por la ASOCIACIÓN URIBE KOSTA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS “URKOA” contra KUTXABANK S.A en la que se ejercitó acción de cesación instando la nulidad por abusiva de la cláusula de reclamación de posiciones deudoras, por considerarse que vulnera los arts. 1 y ss de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y los arts. 82, 83, 85, 86,87, 88 y 89 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU).

El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz dictó sentencia de fecha 17 de junio de 2016 estimándose íntegramente la demanda interpuesta por URKOA, considerando que la cláusula que establece la comisión a cargo del cliente por reclamación de posiciones deudoras inserta en las condiciones generales impuestas por la demandada es

abusiva y por tanto nula, condenándose a ésta última a eliminarla de sus condiciones generales y a cesar en su utilización.

2. El recurso de apelación

Frente a dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de KUTXABANK S.A, alegándose: (i) la falta de legitimación activa de la asociación demandante, con infracción del art. 11.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el art. 24 de la LGDCU; y (ii) la infracción de los arts. 1.101 y 1.152 del Código Civil, por considerar que las cláusulas que establecen el derecho de KUTXABANK a percibir una comisión como indemnización por los daños sufridos por tener que reclamar las posiciones vencidas e impagadas.

2.1. Primer motivo de recurso

El primer motivo de recurso esgrimido por la representación de KUTXABANK S.A que cuestiona la legitimación activa de la asociación demandante, se basa en lo siguiente:

- La acción de cesación que plantea URKOA se trata de la defensa de intereses difusos que prevé el art. 11.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), por tratarse de una cláusula que afecta a todo tipo de contratos y a una pluralidad de individuos de muy difícil determinación, de modo que la entidad bancaria considera que sólo pueden ejercitar tal acción las asociaciones de consumidores y usuarios que sean representativas según la ley.
- Esa condición, según indica la apelante, se describe en el art. 24.2 de la LGDCU, que establece que se ostenta por las asociaciones que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial en conflicto afecte a una comunidad autónoma, en cuyo caso se estará a su legislación específica.
- Kutxabank SA sostiene que URKOA no forma parte de ese consejo, y que además el ámbito del conflicto excede de la Comunidad Autónoma Vasca, por tener el banco presencia en otras trece comunidades distintas a la vasca.

En cambio, la sentencia recurrida dispone que URKOA sí que tiene legitimación para ejercitar la acción planteada:

Por lo dispuesto en el art. 16 de la LCGC, que establece que las acciones a que alude su art. 12 (cesación, retractación y declarativa) pueden ser ejercitadas por las entidades que relaciona, entre ellas, las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la LGDCU, o en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores. La legislación autonómica en tal materia es la Ley 6/2003 de estatuto de las personas Consumidoras y Usuarias, que en su art. 32 reconoce entre sus derechos ejercer las correspondientes acciones judiciales y extrajudiciales en defensa de sus socios, de la asociación y de los intereses colectivos de las personas consumidoras y usuarias en general. Teniendo en cuenta lo anterior, y que la asociación demandante está sometida a dicha norma, tiene su domicilio en Euskadi, ejerce su actividad en el país vasco, y entre sus fines está la defensa de los consumidores y usuarios, se concluye que tiene la legitimación para ejercitar la acción.

En segundo lugar, sostiene la parte apelante que es de aplicación en este caso el art. 24. 2 de la LGDCU que exige a los efectos de la legitimación para representar intereses difusos del art. 11.3 de la LEC que la asociación forme parte del Consejo de Consumidores y Usuarios.

Sin embargo, considera el Tribunal que las acciones colectivas de cesación, que se ejercita en este caso, retractación y declarativa, que prevé el art. 12 de la LCGC son diversas del ejercicio de intereses difusos a los que se refiere el art. 11.3 de la LEC, que alude a una pluralidad de consumidores y usuarios indeterminada o de difícil determinación, por lo que entiende que no cabe la pretendida remisión al art. 24.2 LGDCU: la acción de cesación que ejercita URKOA tiene su régimen específico porque los afectados están perfectamente determinados, son los clientes de KUTXABANK SA. Por eso entiende el Tribunal que la asociación de consumidores demandante actúa con la legitimación que le concede el art. 11.2 de la LEC, por ser un **“grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes están perfectamente determinados o son fácilmente determinables”**.

2.2. Segundo motivo de recurso

Sostiene la recurrente que la comisión indemniza el daño que pueda ocasionarse al banco por el incumplimiento de sus clientes de las obligaciones de pago en operaciones crediticias, y que, además, la cláusula penal se ha adaptado a los criterios exigidos por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España.

Sobre este extremo, el Tribunal aduce que el Banco de España admite la validez de las comisiones siempre que respondan a un servicio efectivo al cliente bancario en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Considera el Tribunal que cuando se produce un impago por el cliente bancario, la tarea de recobro no es un servicio efectivamente facilitado al cliente, ni que la entidad incurra en gasto alguno por prestarlo. Si bien es legítimo el recobro de lo impagado, entiende el Tribunal que como el cliente no demanda ni precisa esa reclamación, siguiendo lo dispuesto en la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios citada, no puede dar lugar a una comisión, pues no hay servicio o gasto que retribuir.

2.2.1. Sobre la vulneración del art. 85.3 del TRLGDCU

El segundo argumento que se esgrime por KUTXABANK en el segundo motivo del recurso de apelación es la falta de vulneración del art. 85.3 de la LGDCU, por entender que este tipo de comisiones no vinculan el contrato a la voluntad de KUTXABANK, ni reservan en su favor facultades de interpretación o modificación, indicando que la comisión solo se devenga si hay gestión personalizada de cobro. No obstante, la sentencia de instancia considera que el banco no prueba que haya hecho gestión personalizada del cobro y añade que las explicaciones del banco sobre la operativa que se sigue para tal gestión no aclaran si hay un gasto efectivo y no concretan si es una comisión periódica o única. En consecuencia, el Tribunal considera que el empresario se reserva la interpretación del contenido de una cláusula que contenga una comisión como la que se analiza en este caso, que vistos sus términos puede reclamarla por una simple llamada de teléfono, un correo o un SMS, pudiendo hacerlo una o varias, tantas veces como reclame por cada posición deudora. Por ello, el Tribunal entiende que la forma en que se redacta la cláusula permite a KUTXABANK interpretar unilateralmente su contenido, lo que vulnera el art. 85.3 de la LGDCU.

2.2.2. Sobre la vulneración del art. 86 LGDCU

Kutxabank también cuestiona la infracción del art. 86 de la LGDCU, alegando que la cláusula que contiene la comisión de reclamación no contiene ninguna renuncia o limitación de los derechos de los consumidores, ni impone ninguna de las limitaciones o renunciaciones que declara el precepto.

La sentencia recurrida explica que la cláusula priva al cliente de la posibilidad de conocer el medio de reclamación que se va a emplear y por el que se le cargan 30 euros, que tampoco permite saber cuánto se le carga, o en cuántos días deber regularizar la situación o atender la reclamación, lo que entiende que vulnera el precepto indicado. Con relación a este extremo, indica el Tribunal que dicta la sentencia objeto del análisis, que con la cláusula pactada hay una renuncia implícita a conocer la operativa de la reclamación, si se aplica de manera periódica o en un solo acto, si se puede reiterar cotidianamente o sólo cuando el incumplimiento se produzca, aunque éste permanezca. Esto supone privar al cliente de un conocimiento preciso para poder actuar sin sufrir un quebranto económico.

2.2.3. Sobre la vulneración del art. 87.5 de la LGDCU

KUTXABANK asegura que la cláusula tampoco vulnera el art. 87.5 de la LGDCU que considera abusivas las cláusulas que determinan falta de reciprocidad, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor o usuario. En particular el apartado 5 se refiere a las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de bienes o servicios, “o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva”.

Sobre este extremo considera el Tribunal que el artículo citado sí es de aplicación, porque cuando KUTXABANK cobra la comisión por reclamación de posiciones deudoras al cliente percibe una cantidad por un servicio inexistente, pues no hay servicio o gasto prestado al cliente.

2.2.4. Sobre la infracción del art. 89.3 de la LGCU

El art. 89.3 de la LGCU considera abusiva “la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario”. Sobre esta cuestión señala la Audiencia que la recuperación de impagados corresponde por ley al acreedor, y que el titular del crédito es el legitimado para reclamarlo, por ello, considera que el coste de la reclamación del crédito corresponde a la entidad bancaria. De lo contrario, ha de entenderse que se está imponiendo al consumidor gastos que por ley corresponden al empresario, con vulneración del artículo indicado.



3. Conclusión

En definitiva, la sentencia objeto de análisis concluye que la cláusula vulnera la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios por disponer una comisión por un servicio o gasto que no se presta al cliente, los arts. 85.3, 85.6, 86, 87.5 y 89.3 del TRLGDCU, el artículo 1.256 del Código Civil, los preceptos concordantes de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, por lo que resuelve desestimar el recurso de apelación presentado por KUTXABANK frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz en el Juicio Verbal nº 3/2016, que se mantiene en los mismos términos, aunque se añade que una vez firme la misma se inscribirá en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.