

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA. SECCIÓN PRIMERA **ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA. LEHEN SEKZIOA**

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

Tel.: 945-004821

Fax / Faxes: 945-004820

NIG PV / IZO EAE: 01.02.2-17/001467

NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.47.1-2017/0001467

R.apel.merca.L2/E_R.apela.merc.L2 726/2017-C

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

Autos de Juicio verbal 48/2017 (e)ko autoak

Recurrente/Errek.: ABANCA CORPORACION BANCARIA S.A.

Procuradora/ Prokuradorea: ANA ROSA FRADE FUENTES

Abogado / Abokatua: CARLES VENDRELL CERVANTES

Recurrida / Errekurritua: ASOCIACION DE CONSUMIDORES

Y USUARIOS VASCOS EKA-ACUV

Procuradora/Prokurad.: M. CONCEPCION MENDOZA ABAJO

Abogado/ Abokatua: JOSE IGNACIO VELASCO DOMINGUEZ

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. Dª Mercedes Guerrero Romeo, Presidenta, D. Iñigo Madaria Azcoitia y D. Iñigo Elizburu Aguirre, Magistrados, ha dictado el día treinta de mayo de dos mil dieciocho,

la siguiente

SENTENCIA Nº 261/18

En el recurso de apelación civil, Rollo de Sala nº 726/17 procedente del Juzgado del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, Autos de Juicio Verbal nº 48/17, promovido por **ABANCA CORPORACION BANCARIA S.A.**, dirigido por el Letrado D. Carles Vendrell Cervantes y representado por la Procuradora Dª. Ana Rosa Frade Fuentes, frente a la sentencia nº 98/17 dictada el 06-10-17, siendo parte apelada **ASOCIACION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS VASCOS EKA-ACUV**, dirigida por el Letrado Sr. Jose Ignacio Velasco Dominguez y representada por la Procuradora Dª. María Concepción Mendoza Abajo. Ponente: D. Iñigo Madaria Azcoitia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz se dictó sentencia nº 98/17 cuyo **FALLO** es del tenor literal siguiente:

"ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora

Concepción Mendoza Abajo en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE PERSONAS CONSUMIDORAS Y USUARIAS VASCA (EKA/ACUV) EUSKAL KONTSUMITZAILEEN ALKARTEA, contra ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A. representada por la Procuradora Ana Rosa Frade Fuentes,

DECLARO que el cobro por parte ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A. de una comisión por Reclamación de Posiciones Deudoras, constituye una práctica abusiva, contraria a la normativa de protección de los consumidores y usuarios y la cláusula en virtud de la cual practica el cobro nula. En consecuencia,

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 esta comisión, 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 voluntario del fallo, se le impondrán multas coercitivas diarias en ejecución forzosa de la misma.

Se condena en costas a la demandada."

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de ABANCA CORPORACION BANCARIA S.A., recurso que se tuvo por interpuesto con fecha 30-11-17 dándose el correspondiente traslado a la contraparte personada por diez días para alegaciones, presentando la representación de ASOCIACION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS VASCOS EKA-ACUV, escrito de oposición al recurso planteado de contrario, elevándose seguidamente, los autos a esta Audiencia Provincial con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala y comparecidas las partes, con fecha 05-01-18 se mandó formar el correspondiente Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia y por resolución de fecha 18-01-18 se señaló para deliberación, votación y fallo el 06-03-18.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda inicial y tras

reconocer la legitimación activa de la demandante, Asociación de Consumidores y Usuarios Vasca EKA/ACUV, declara que la comisión por "Reclamación de Posiciones Deudoras", RPD, que la demandada, Abanca Corporación Bancaria, S.A., incorpora como condición general en los contratos de depósito, cuentas a la vista, préstamos, créditos u otros, suscritos con consumidores, constituye una práctica abusiva, contraria a la normativa de protección de los consumidores y usuarios y la cláusula en virtud de la cual practica el cobro nula. Consecuentemente, en la sentencia se condena al cese en la práctica y su eliminación de los contratos, así como a la publicación de la sentencia.

Frente a la sentencia de primera instancia la entidad demandada interpone recurso de apelación, fundado en los siguientes motivos:

-Excepción de falta de legitimación activa de la asociación demandante y defecto en el modo de proponer la demanda.

-Validez de una condición general sobre liquidación anticipada de los costes (daño emergente) derivados del impago de una deuda.

-Razones que descartan que las cláusulas de Abanca:

(a) impongan al consumidor una indemnización desproporcionadamente alta;

(b) constituyan cláusulas cuya interpretación y contenido quede a la exclusiva voluntad del predisponente, sino que son plenamente válidas;

(c) contravengan las exigencias de reciprocidad, limiten algún derecho del consumidor o determinen la imposición de algún gastos que por ley corresponda al empresario; y,

(d) que sean contrarias a las exigencias de la buena fe y causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes.

SEGUNDO.- Legitimación de Asociación de Consumidores y Usuarios Vasca EKA/ACUV.

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

En la demanda inicial del proceso EKA/ACUV interesa en defensa de intereses colectivos y difusos de los consumidores conforme al art. 53 del RD 1/2007, frente a Abanca Corporación Bancaria, S.A.: se declare que la comisión por reclamación de

posiciones deudoras es contraria a Derecho y ordenando a la demandada el cese en su imposición y cobro a la clientela.

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

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

Conforme al apartado 3 del mismo artículo.

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

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

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

El motivo del recurso debe ser por todo ello desestimado.

SEGUNDO.- Defecto en el modo de proponer la demanda.

Como expresa la sentencia de instancia, EKA/ACUV ejercita una acción colectiva de cesación dirigida a que la entidad demandada cese en la imposición y cobro a la clientela de la comisión llamada de “reclamación de posiciones deudoras” (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 contenido de la condición general de la contratación objeto de la acción de cesación, quedó debidamente delimitado en la audiencia previa, donde la propia demandada aportó la redacción de cláusula que emplea en sus contratos con consumidores. Por ello no es admisible el argumento que la recurrente opone, como excepción formal, cuando afirma que la demandante no identificó la conducta que debe ser objeto de enjuiciamiento, e incurrió en falta de claridad y precisión, pues según consta en la demanda, superada la existencia de errores materiales en la denominación de la entidad demandada, la práctica objeto de la demanda se concreta en la comisión fija por reclamación de posiciones deudoras, por importe de 35 euros, que consta en el documento unido al folio 54, y que, como se ha dicho, después se delimita en su literalidad en relación con los contratos de préstamo hipotecario y cuenta corriente, con la documentación aportada con al contestación, doc. 3 y 4, folio 224, donde consta que la comisión: *[...] por reclamación de posiciones deudoras vencidas [...] de 35 Euros y se cobrará sólo una vez por posición deudora [...]*.

Por tanto en la demanda se estableció con claridad el contenido de la práctica cuyo cese constituye el objeto de la acción, con lo cual ninguna infracción del art. 399.3 en relación con el 416.1.5ª, ambos LEC, puede deducirse, pues los hechos y el contenido de la práctica cuya cesación se postula aparece claramente expresado en el escrito inicial.

TERCERO.- Abusividad de la comisión fija por reclamación de posiciones deudoras.

Como hemos puesto de relieve en sentencia de esta Audiencia Provincial, entre otras las de 30 de diciembre de 2.016 y 12 de febrero de 2.018 a propósito de unas comisiones que una entidad bancaria, en base a la correspondiente cláusula del contrato, pretendía cobrar a un cliente por el impago de un saldo efectuado con tarjeta de crédito decíamos:

“...el Banco de España admite la validez de las comisiones siempre que respondan a un servicio efectivo al cliente bancario. En esta materia es de aplicación la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 29 de octubre 2011.

29.- El párrafo segundo del art. 3.1 de la citada orden dispone " Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios

efectivamente prestados o gastos habidos". Si no hay servicio o gasto, no puede haber comisión. Por lo tanto, no sería exigible y las previsiones que lo contuvieran no serían aplicables.

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

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

Hay que añadir que cuando se produce un descubierto, impago o "posición deudora", opera el interés de demora característico de la contratación bancaria.

Recordemos que este interés de demora se ha considerado por la jurisprudencia 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, es "sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones".

Por todo ello la simple exigencia abstracta en un contrato suscrito con consumidores que establezca una cantidad fija, desligada de cualquier gasto concreto y determinado que la justifique, como comisión por la simple reclamación de un saldo deudor, es abusiva y por ello nula.

CUARTO.- Validez de una condición general sobre liquidación anticipada de los costes (daño emergente) derivados del impago de una deuda. Razones invocadas sobre la licitud de la cláusula de autos.

La sentencia de instancia no niega la licitud de una condición general referida a la liquidación de los gastos derivados de la reclamación de posiciones deudoras, pues cuando se refiere a la OM 289/11, Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2016 y las recomendaciones que incorpora en relación con el cobro de comisiones, así como cuando expresamente hace mención al rechazo de la aplicación automática de las comisiones y al rechazo de comisiones que impongan una indemnización desproporcionada o que responda a unos gastos que dependen de la voluntad del empresario, lo que hace es reconocer la posibilidad de establecer una cláusula general de esa naturaleza, si bien solo sería válida si cumpliera los requerimientos deducidos de las referidas circunstancias.

La cuestión de autos se contrae sin embargo a la concreta práctica de la entidad

demandada, en virtud de la cual exige a sus clientes la referida comisión fija, conforme a las condiciones generales que incorpora en los contratos, y la abusividad que dicha práctica representa.

Como expresa la sentencia de instancia, a cuyos razonamientos nos remitimos, 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.

La recurrente reitera en la apelación los argumentos de fondo de los que pretende deducir la licitud de la condición general analizada, básicamente se refiere al informe pericial aportado y a las valoraciones que en mismo realiza el perito.

La referencia a la existencia de un daño emergente, distinto a un servicio prestado al cliente, como justificación del gasto que representa la reclamación, recibe puntual respuesta en la sentencia de instancia en cuanto a la valoración de la prueba pericial, conforme a las reglas de la sana crítica, art. 348 LEC y la abusividad de la injustificada práctica de cargar una comisión fija. Así la mención a la estimación media de los gastos generados en función del protocolo interno de actuación, en casos de impago, revela una pluralidad de acciones en relación con las circunstancias particulares en cada caso, que evidencian lo infundado de establecer una cantidad fija, que además no excluye reclamar otros gastos.

Es indudable que conforme a la jurisprudencia citada, en relación con la abusividad de la práctica e incorporación general en los contratos de la cláusula de autos, la estimación de los referidos costes medios no satisface la necesidad de que la comisión responda al menos a servicios y gestiones efectivamente realizados, pues se trata de una aplicación de la comisión de forma automática, no individualizada en cada caso.

Por ésa razón la indemnización fija establecida supone una indemnización desproporcionada, si como puede acontecer se carga pese a que al primer requerimiento, que podría incluso ser verbal, se cumple el pago. O si la entidad decide emplear medios más costosos, cuando realmente bastaría una simple reclamación, y por tanto puede considerarse que el importe de los gastos dependen más de la propia voluntad del empresario que de lo realmente necesario en cada caso.

Es asimismo relevante la confusión que puede inducir el cálculo de los gastos, como expone el informe pericial, en relación con gastos que realmente forman parte del coste de la actividad empresarial, lo que significa cargar gastos al consumidor que realmente son de cuenta del empresario.

La desigualdad y desproporción son manifiestas en las obligaciones de las partes, pues a la objetiva aplicación de la comisión, por el mero hecho del impago, no se corresponde con la carga del consumidor en el caso de verse en la necesidad de reclamar frente a la entidad por algún incumplimiento.

QUINTO.- Por lo expuesto y razonado, el recurso se desestima, con la consiguiente carga de las costas para la recurrente, en los términos que resultan de lo regulado en los arts. 394 y 398.1 LEC.

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Abanca Corporación Bancaria, S.A. contra la **sentencia nº 98/17**, dictada en el **procedimiento verbal** seguido bajo **nº 48/17** ante el **Juzgado de lo Mercantil Núm. Uno de Vitoria-Gasteiz**, y en consecuencia **confirmamos** dicha sentencia e imponemos a la recurrente las costas de la apelación.

Dese el destino legal al depósito constituido para recurrir.

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

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

Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en Banco Santander con el número 0008-0000-06-0726-17. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un “

Recurso” código 06 para recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos (DA15^a de la LOPJ).

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

Al escrito de interposición deberá acompañarse, además, el justificante del pago de la tasa judicial debidamente validado, salvo que concurra alguna de las exenciones previstas en la Ley 10/2012.

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

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