

## ABUSIVIDAD COMISIONES POR DESCUBIERTO

### *Abusividad de las comisiones por reclamación de posiciones deudoras.*

[STS, Sala de lo Civil, núm. 566/2019, de 25 de octubre, recurso: 725/2017. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.](#)

**Legitimación activa defensa consumidores bancarios - Abusividad de la comisión de reclamación de posiciones deudoras - Finalidad no punitiva de la comisión (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Antonio Gutiérrez).**

**Legitimación activa defensa consumidores bancarios:** “[...] La asociación [...] ejercitó una acción colectiva de cesación contra la entidad Kutxabank S.A. para que, [...] se declarase que la comisión por reclamación de posiciones deudoras [...] es contraria a derecho, y se ordenase el cese de su cobro. [...] El ejercicio de una acción colectiva [...] hacen valer derechos [...] de terceros ajenos, en este caso, los consumidores. [...] En este caso, la acción colectiva no se ejercita para la protección de intereses difusos, puesto que pretende la defensa de consumidores perfectamente identificados (o cuando menos, identificables), como son los suscriptores de los contratos bancarios [...] en los que se incluía la posibilidad de cobro de la comisión de reclamación de posiciones deudoras. [...] cuando los perjudicados por el hecho dañoso son un grupo de consumidores o usuarios fácilmente determinables, se excluye la exigencia de que la asociación tenga que estar representada en el Consejo de Consumidores y Usuarios.

**Abusividad de la comisión de reclamación de posiciones deudoras:** “[...] La normativa bancaria sobre comisiones está constituida, básicamente, por la Orden EHA/2899/2011, [...] por la Circular 5/2012 del Banco de España de 27 de junio, [...], y por la Orden EHA/1608/2010 [...] Conforme a esta normativa, para que las entidades puedan cobrar comisiones a sus clientes deben cumplirse dos requisitos: que retribuyan un servicio real prestado al cliente y que los gastos del servicio se hayan realizado efectivamente. Bajo estas dos premisas, **las entidades bancarias no pueden cobrar por servicios que no hayan solicitado o aceptado los clientes, que deberán haber sido informados personalmente y por anticipado del importe que van a tener que pagar por ese servicio.** Según el Banco de España [...] la comisión por reclamación de posiciones deudoras compensa a la entidad por las gestiones efectivas realizadas para recuperar la deuda impagada [...]; debe estar recogida en el contrato; y para que sea acorde con las buenas prácticas bancarias debe reunir los siguientes requisitos mínimos: (i) el devengo de la comisión está vinculado a la existencia de gestiones efectivas de reclamación realizadas ante el cliente deudor; (ii) la comisión no puede reiterarse en la reclamación de un mismo saldo por gestiones adicionales realizadas por la entidad con el mismo fin, [...]; (iii) su cuantía debe de ser única, no admitiéndose tarifas porcentuales; (iv) no puede aplicarse de manera automática. Si contrastamos la cláusula controvertida con dichas exigencias, se comprueba que, como mínimo, no reúne dos de los requisitos, pues prevé que podrá reiterarse y se plantea como una reclamación automática. Pero es que, además, no discrimina periodos de mora, de modo que basta la ineffectividad de la cuota en la fecha de pago prevista para que, además de los intereses moratorios, se produzca el devengo de una comisión. [...] tampoco identifica qué tipo de

gestión se va a llevar a cabo [...], por lo que no cabe deducir que ello generará un gasto efectivo. [...] En la STJUE de 3 de octubre de 2019 [...] el Tribunal ha declarado que, aunque el prestamista no está obligado a precisar en el contrato la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en una o varias cláusulas contractuales: [...] 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”. A su vez, la STJUE de 26 de febrero de 2015 [...] declaró que **una cláusula que permite, sin contrapartida, la retribución del simple riesgo del préstamo**, que ya está cubierto por las consecuencias legales y contractuales del impago, **puede resultar abusiva**. Precisamente **la indeterminación a la que hemos hecho referencia es la que genera la abusividad**, puesto que supondría, sin más, sumar a los intereses de demora otra cantidad a modo de sanción por el mismo concepto [...] Además, una cláusula como la enjuiciada contiene una **alteración de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor**, pues debería ser el Banco quien probara la realidad de la gestión y su precio, pero, con la cláusula, se traslada al consumidor la obligación de probar[lo] [...] Lo que también podría incurrir en la prohibición prevista en el art. 88.2 TRLGCU. [...] Respecto del art. 1255 CC, el carácter de condición general de la contratación de la cláusula controvertida excluye su aplicación, puesto que la autonomía de la voluntad del cliente se reduce a la decisión de contratar o no, pero carece de capacidad para excluir negociadamente una cláusula predispuesta [...] En cuanto al art. 1101 CC, la mora del deudor generará los correspondientes intereses moratorios, al tratarse de deuda dineraria, pero la comisión no se incluye en dicha previsión legal, puesto que no retribuye la simple morosidad, [...] sino unos servicios que hay que justificar. [Énfasis añadido]

**Finalidad no punitiva de la comisión:** El segundo motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 1152 y 1153 CC. [...] Las consideraciones que hace la parte recurrente sobre la naturaleza y funcionalidad de la cláusula penal en nuestro Derecho son correctas. **El problema es que la comisión de reclamación de posiciones deudoras no es una cláusula penal**. Conforme al art. 1152 CC, la cláusula penal sustituye a la indemnización de daños y perjuicios, siempre y cuando no se haya pactado de forma expresa que el acreedor pueda exigirlos además de la pena. [...] Por lo que puede tener una función resarcitoria del daño causado al acreedor por el incumplimiento, sustitutoria de la indemnización, o bien puramente punitiva, desligada de todo propósito resarcitorio. [...] La comisión objeto del litigio [...] ni contiene un pacto de pre-liquidación 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 art. 85.6 TRLCU [...] 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 comisión es una cláusula penal, sería nuevamente redundante y, por tanto, incurriría en desproporción**. [Énfasis añadido]

[Texto completo de la sentencia](#)

\*\*\*