



Roj: **STS 2524/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2524**

Id Cendoj: **28079110012020100424**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/07/2020**

Nº de Recurso: **4443/2017**

Nº de Resolución: **431/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 2436/2017,**
STS 2524/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 431/2020

Fecha de sentencia: 15/07/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 4443/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/07/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. **Juan María Díaz Fraile**

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN núm.: 4443/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. **Juan María Díaz Fraile**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 431/2020

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

**D. Juan María Díaz Fraile**

En Madrid, a 15 de julio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 223/2017, de 22 de septiembre, dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 407/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 7 de Avilés, sobre comisión de **descubierto** y de reclamación de posiciones deudoras en cuenta bancaria.

Es parte recurrente D.ª Ana María, representado por la procuradora D.ª Nuria Arnaiz Llana y bajo la dirección letrada de D. Celestino García Carreño.

Es parte recurrida Banco Santander, S.A., representada por el procurador D. José Luis Álvarez Rotella y bajo la dirección letrada de D. Javier Dapena Álvarez-Hevia.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Juan María Díaz Fraile**.

ANTECEDENTES DE HECHO**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Nuria Arnaiz Llana, en nombre y representación de D.ª Ana María, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Santander, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"[...] 1) Se declare el carácter abusivo y la nulidad radical de las comisiones por **descubierto** o excedido (Liquidación del contrato) y de las comisiones por reclamación de **descubierto** o posiciones deudoras vencidas (gastos de reclamación saldo deudor) y se condene a la demandada por aplicación del art 1303 del CC a la devolución o la restitución de cuantas cantidades que hubiera percibido o hayan sido abonadas por mis mandantes en concepto de comisiones por **descubierto** o excedido y por reclamación de **descubierto** o posiciones deudoras vencidas, más el intereses legal y costas.

"Alternativamente se condene a la demandada a la devolución por falta de causa que las justifique de las cantidades que hubiera percibido o hayan sido abonadas por la actora en concepto de comisiones por **descubierto** o excedido y por reclamación de **descubierto** o posiciones deudoras vencidas, más intereses legales, con costas".

2.- La demanda fue presentada el 26 de agosto de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 7 de Avilés, fue registrada con el n.º 407/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. José Luis Álvarez Rotella, en representación de Banco Santander, S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 7 de Avilés dictó sentencia de 20 de diciembre de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

"Que debo desestimar la demanda interpuesta por D.ª Ana María, frente a Banco Santander S.A, con imposición de costas a la actora".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª Ana María. La representación de Banco Santander, S.A. se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 62/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 223/2017, de 22 de septiembre, cuyo fallo dispone:

"Que desestimando el recurso de apelación presentado por Doña Ana María contra la Sentencia de fecha 20 diciembre 2016 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Avilés en el Juicio Ordinario 407/2016, debemos acordar y acordamos confirmarla con imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta alzada (art. 398 LEC)".

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- La procuradora D.ª Nuria Arnaiz Llana, en representación de D.ª Ana María, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:



"Motivo primero de casación: Al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, por presentar interés casacional, se denuncia la infracción del artículo 1.303 del C.C., en relación con el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7 apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, al vulnerar la sentencia recurrida, la doctrina recogida en la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 265/2015 de 22 de abril de 2015, recurso 2351/2012, la cual, considera que, las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad radical o de invalidez son inherentes y van inseparablemente unidas a dicha declaración de nulidad, como una consecuencia lógica y jurídica, insoslayable e inevitable, siendo aplicables incluso de oficio, sin necesidad de petición expresa, pues operan como efecto "ex lege" [derivado de la ley], al tratarse de las consecuencias ineludibles de la invalidez y que, la privación de cualquier efecto a la cláusula abusiva es exigencia de normas como los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva que protegen un interés público de notoria importancia.

"Igualmente, se denuncia la falta de tutela judicial efectiva, pues, la sentencia recurrida, impide la efectividad del Derecho de la Unión, ya que se vulnera la doctrina recogida en la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 993/2011 de 16 de enero de 2012, rec. 460/2008, la cual considera jurídicamente posible y aceptable, derivar a ejecución de sentencia o incluso a otro proceso distinto, los problemas relacionados con la cuantificación de los importes que deben ser restituidos como consecuencia del pronunciamiento de condena, toda vez que dejar al justiciable, sin el derecho a la indemnización, afecta al derecho fundamental y a la prohibición de la indefensión, puesto que, en modo alguno parece aceptable el mero rechazo de la indemnización por falta de cuantificación expresa o por falta de instrumento procesal idóneo para la cuantificación, haya habido o no, determinación previa de bases.

"Motivo segundo de casación: Al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, por presentar interés casacional, se denuncia la infracción del artículo 3.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección al cliente de servicios bancarios, al vulnerar la sentencia recurrida, la doctrina recogida en la Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 584/2008 de 23 de junio del 2008, recurso 3448/2000, así como la doctrina recogida en la Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 669/2001 de 28 de junio del 2001, recurso 1432/1996 que consideran, en todo caso que, (i) las comisiones bancarias, deben tener una justificación autónoma, ya que, únicamente se pueden repercutir comisiones bancarias por servicios efectivamente prestados o por gastos habidos que la entidad bancaria haya tenido que soportar y sean imputables al cliente, y que, (ii) son los intereses de demora pactados en contrato y no las comisiones por **descubierto** o excedido, las que vienen a resarcir a la entidad bancaria por el incumplimiento o retardo del deudor en las obligaciones de pago contraídas".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 12 de febrero de 2020, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Banco Santander, S .A. se opuso al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 8 de julio de 2020, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes según han sido fijados en las instancias.

1.- D.^a Ana María interpuso una demanda de juicio ordinario ejercitando una acción para que se declarase la nulidad por abusividad, o alternativamente por falta de causa, de las comisiones por **descubierto** o excedido ("liquidación del contrato") y de las comisiones por reclamación de **descubierto** o posiciones deudoras vencidas ("gastos de reclamación saldo deudor"), y se condene a la demandada por aplicación del art 1303 del CC a la devolución o la restitución de cuantas cantidades hubiera percibido o hayan sido abonadas por tales conceptos, más el intereses legal y las costas.

La demandante es titular de una cuenta bancaria abierta en la entidad demandada. En dicha cuenta se cargaron, entre agosto de 2.006 y julio de 2.016, diversas cantidades en concepto de comisiones por reclamación de **descubierto** y de comisiones por **descubiertos** o excedidos.

2.- Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda. Argumentó, resumidamente, lo siguiente: (i) la actora no ha cuantificado su reclamación, a pesar



de que podía haberlo, pues del extracto bancario aportado, en relación con el periodo citado, resultan datos suficientes para ello, atendiendo a los cargos, conceptos y cantidades que constan en los apuntes contables; así, hechas las sumas por cargo de "liquidación de cuenta" el importe asciende a la cantidad total de 244,87 euros; (ii) según la normativa bancaria aplicable en materia de comisiones, estas se fijarán libremente, siempre que las comisiones o gastos respondan a servicios aceptados o solicitados en firme por el cliente y respondan a servicios efectivamente prestados o gastos repercutidos; (iii) en este caso se cumplen estos requisitos, pues se acredita que el cobro de dichas liquidaciones corresponde con un previo **descubierto** de la actora y que ante los cargos que se le hacían en la cuenta sin tener saldo suficiente, estos no han sido devueltos sino que se han hecho a favor de la actora y a cargo de la demandada, adelantando el importe aun cuando no hubiera saldo, quedando un **descubierto** por la diferencia; (iv) en consecuencia sí se ha prestado un servicio de préstamo real ante dicho **descubierto**, por lo que se desestima la pretensión de anular por abusividad o falta de causa dichas comisiones de **descubierto**; (v) en cuanto a la previsión contractual sobre las comisiones por reclamación de **descubierto** (o posiciones deudoras vencidas), cumple también los citados requisitos legales, pues se devengan como consecuencia de que ante un incumplimiento por parte del cliente se cobra como servicio las gestiones que tenga que hacer el banco, no siendo abusivo el hecho de estipular un importe fijo por tal concepto (39 euros en este caso), como sucede con otras muchas tarifas; (vi) dicha comisión, según el pacto, sólo se devenga cuando se produzca la correspondiente gestión solicitando la regularización del pago, por lo que no se aprecia su abusividad; (vii) en este caso la empleada de la demandada ha manifestado que se llamaba por teléfono a la demandante o se le enviaban cartas para reclamar el pago de lo adeudado, si bien no hay constancia documental de tales gestiones respecto cada comisión que se cobró por este concepto, ni existe registro informático que deje constancia de las reclamaciones efectuadas; (viii) la actora no detalla en su demanda qué cargos por estas comisiones considera que carecen de causa justificativa; el importe total de las comisiones cobradas por este concepto asciende, según los extractos aportados, a 381 euros, correspondientes a 11 apuntes contables, siendo la solicitud de la actora una petición de condena genérica, sin fijar bases para la reclamación, lo que infringe el art. 219.3 LEC.

3.- Recurrida la sentencia por la demandante, la Audiencia Provincial desestimó la apelación y confirmó la sentencia de primera instancia. Además de lo argumentado por esta, la Audiencia añade que: (i) hay que partir de las características del contrato objeto de la litis, la denominada "cuenta 1/2/3 Pymes" que, según el documento acompañado junto con la demanda, "está dirigida a Pymes [...] para el ejercicio de su actividad profesional"; (ii) en consecuencia, la actora carece de la condición de consumidor conforme el concepto normativo del art. 3 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; (iii) por ello sólo puede invocar la regla contenida en el art. 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que se limita en la práctica a reproducir el régimen de la nulidad contractual por contrariedad a norma imperativa o prohibitiva del Código Civil; (iv) en cuanto a las comisiones por **descubierto** o excedido (liquidación del contrato), que aparecen fijadas en el contrato en el 5%, entiende que vienen a suplir a los intereses moratorios aplicados a la operación financiera, sin que del historial de la cuenta aportado con la demanda se aprecie duplicidad por ambos conceptos.

4.- La Sra. Ana María ha interpuesto contra la sentencia de la Audiencia un recurso de casación, articulado en dos motivos, que han sido admitidos.

SEGUNDO. - *Recurso de casación. Formulación del primer motivo.*

1.- El primer motivo, formulado al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, se funda en la infracción del artículo 1.303 del C.C., en relación con el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7 apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993.

2.- En el desarrollo del motivo se alega la vulneración de la doctrina recogida en la Sentencia del Pleno de esta Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 265/2015 de 22 de abril de 2015, al considerar que las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad radical o de invalidez de las cláusulas abusivas de los contratos son inherentes y van inseparablemente unidas a dicha declaración de nulidad, como una consecuencia lógica y jurídica, insoslayable, siendo aplicables incluso de oficio, sin necesidad de petición expresa, pues operan como efecto "ex lege", por el ministerio de la ley, al tratarse de las consecuencias ineludibles de la invalidez, y que la privación de cualquier efecto a la cláusula abusiva es exigencia de normas como los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva que protegen un interés público de notoria importancia.

Igualmente, se argumenta que la sentencia recurrida impide la efectividad del Derecho de la Unión, ya que se vulnera la doctrina recogida en la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 993/2011 de 16 de enero de 2012, que considera jurídicamente posible y aceptable derivar a ejecución de sentencia, o incluso a otro proceso distinto, los problemas relacionados con la cuantificación de los importes que deben ser restituidos como consecuencia del pronunciamiento de condena, toda vez que dejar al justiciable sin el derecho a la indemnización afecta al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva y a la prohibición de la



indefensión, al no ser aceptable el rechazo de la indemnización por falta de cuantificación expresa o por falta de instrumento procesal idóneo para la cuantificación, haya habido o no, determinación previa de bases.

TERCERO. - *Decisión de la Sala. Cuestión previa: la falta de la condición de consumidor de la demandante.*

1.- Entre los elementos fácticos fijados en la instancia, que en sede casacional deben respetarse, se incluye la afirmación de la Audiencia sobre la modalidad del contrato en que figuran las cláusulas sobre comisiones cuya declaración de nulidad pretende la demandante/recurrente. En concreto se trata de una cuenta bancaria de las denominadas "cuenta 1/2/3 Pymes", que "está dirigida a Pymes [...] para el ejercicio de su actividad profesional". Sobre esta base concluye la Audiencia que la actora carece de la condición de consumidor conforme el concepto normativo del art. 3 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

2.- La anterior afirmación no es combatida en el recurso ahora enjuiciado, a pesar de lo cual, el recurrente, obviando por completo tal obstáculo, funda este motivo en la infracción del art. 1.303 CC "en relación con el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7 apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993", preceptos que se basan en el previo control de abusividad de las cláusulas de los contratos con consumidores. Control que en nuestro ordenamiento interno imponen los arts. 82.1 y 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, conforme a los cuales se considerarán abusivas y, por tanto, son nulas y se tendrán por no puestas, las estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Preceptos que no son aplicables a los contratos en que el adherente no tiene la condición legal de consumidor.

3.- Como dijimos en la sentencia 227/2015, de 30 de abril, nuestro ordenamiento jurídico establece un régimen diferente del control de contenido de las condiciones generales según que el adherente tenga o no la condición de consumidor, de forma que la nulidad por abusivas responde no al régimen general de las condiciones generales de la contratación, sino al específico de las cláusulas no negociadas individualmente en los contratos celebrados con consumidores. Añadimos en la citada sentencia que:

"las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que sólo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el art. 1.255 y en especial las normas imperativas, como recuerda el art. 8.1 LCGC".

En definitiva, en los contratos con adherentes profesionales no cabe realizar el control de abusividad - tampoco el de transparencia - (sentencias de esta sala 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; y 57/2017, de 30 de enero).

4.- En consecuencia, en la contestación al motivo no podremos partir de la consideración de consumidor de la recurrente, en ausencia de la cual deja de ser aplicable al presente caso el régimen de la Directiva 93/13, de 5 de abril, y sus arts. 6 y 7, así como las normas que la han incorporado al ordenamiento español.

La consecuencia de ello es que decaen todas las alegaciones basadas en los principios de efectividad del Derecho de la Unión Europea y de no vinculación de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores, así como en el criterio del control judicial de oficio de tales cláusulas y su vinculación con la tutela judicial efectiva, que devienen igualmente inaplicables.

Queda por analizar este primer motivo desde la perspectiva de la eventual infracción del art. 1303 CC, cuya vulneración denuncia en relación con la cláusula del contrato relativa a la comisión por reclamación de posiciones deudoras y respecto del cobro de determinadas cantidades a su amparo.

CUARTO. - *Comisión por reclamación de **descubiertos** o posiciones deudoras. Legislación aplicable. El diferimiento de la cuantificación de la reclamación al momento de la ejecución de sentencia.*

1.- La legislación financiera contiene normas de transparencia destinadas a la protección del cliente de los servicios bancarios, más allá de la legislación general de defensa de los consumidores, que se han venido desplegando a través del desarrollo del art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Este precepto, respondiendo a la citada finalidad, y sin perjuicio de la libertad de contratación, facultó al Ministerio de Economía para dictar las normas necesarias para dotar de transparencia las relaciones entre las entidades de crédito y sus clientes.

Al amparo de la citada norma, del art. 29.2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y de la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25



de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, se dictó la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Bajo el amparo de las referidas normas legales, la normativa bancaria básica sobre comisiones está constituida por la citada Orden EHA/2899/2011, junto con la Circular 5/2012 del Banco de España de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, y por la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, que regula la transparencia de los servicios de pago sujetos a la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (actualmente Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera). A su vez, el art. 1.4 de la Ley 16/2009 (actualmente el art. 2.3 del RDL 19/2018) deja a salvo lo previsto en la legislación sobre contratos de crédito al consumo (actualmente integrada por la Ley 16/2011, de 24 de junio).

2.- 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.

Además, en concreto respecto de la comisión por reclamación de posiciones deudoras, que compensa a la entidad por las gestiones realizadas para recuperar la deuda impagada por su cliente, como declaramos en la sentencia 566/2019, de 25 de octubre, según el Banco de España (Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2018), 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, ni siquiera cuando, en el caso de impago en el tiempo, este se prolonga en sucesivas liquidaciones; (iii) su cuantía debe de ser única, no admitiéndose tarifas porcentuales; y (iv) no puede aplicarse de manera automática.

3.- Desde esta perspectiva hay que diferenciar entre la previsión contractual de la comisión, por un lado, y su devengo y cobro en caso de realizarse efectivamente el servicio o abonarse los gastos repercutidos, por otro. En el caso objeto de este procedimiento, las sentencias de ambas instancias concluyen afirmando la validez de la cláusula, pues dicha comisión, según el pacto, sólo se devenga cuando se produzca la correspondiente gestión solicitando la regularización del pago, por lo que no son automáticas, y están fijadas en un importe único, sin tarifas porcentuales.

Ahora bien, en cuanto al devengo efectivo, afirma la Audiencia que no ha resultado acreditada documentalmente la realización de las gestiones de reclamación de los **descubiertos** y/o posiciones deudoras correspondientes a los 11 apuntes contables, que totalizan la cantidad de 381 euros. A pesar de ello confirma la decisión del juzgado de primera instancia y desestima la demanda, porque la actora se limitó a formular en el escrito rector del procedimiento una petición de condena genérica, aunque contaba con los elementos necesarios para cuantificarla, al disponer del historial completo de los movimientos de la cuenta bancaria, por lo que entiende infringido el art. 219 LEC.

4.- En recurrente no ha formulado recurso extraordinario de infracción procesal en relación con una supuesta aplicación indebida de este precepto procesal, y en el presente motivo lo que denuncia es la infracción del art. 1303 CC, precepto que tiene por objeto regular los efectos restitutorios de la nulidad contractual, nulidad que en este caso ha sido descartada al declararse la validez de la cláusula contractual, no sus presupuestos, y que carece de virtualidad para enervar la eficacia procesal propia de aquel precepto de la ley de enjuiciamiento, sin que esta Sala pueda suplir la actividad de las partes ni integrar sus escritos impugnatorios.

Por lo demás, las razones en que abunda el recurso relativas al principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea y al principio de no vinculación al consumidor de las cláusulas abusivas de los contratos, derivados de los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13, de 5 de abril, no pueden prosperar, pues, sin necesidad de entrar en su análisis pormenorizado, dichos preceptos, según dijimos, resultan inaplicables al presente caso al no tener la demandante la condición legal de consumidora.

5.- En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

QUINTO. - *Formulación del segundo motivo.*

1.- El segundo motivo de casación, planteado al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, denuncia la infracción de artículo 3.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección al cliente de servicios bancarios, y la vulneración de la doctrina recogida en las sentencias de esta sala núm. 584/2008



de 23 de junio del 2008, y núm. 669/2001 de 28 de junio del 2001, que consideran, en todo caso, que (i) las comisiones bancarias, deben tener una justificación autónoma, ya que, únicamente se pueden repercutir comisiones bancarias por servicios efectivamente prestados o por gastos que la entidad bancaria haya tenido que soportar y sean imputables al cliente; y que (ii) son los intereses de demora pactados en contrato y no las comisiones por **descubierto** o excedido, las que vienen a resarcir a la entidad bancaria por el incumplimiento o retraso del deudor en las obligaciones de pago contraídas.

2.- En el desarrollo de este segundo motivo argumenta la parte recurrente, en síntesis, que: (i) la sentencia impugnada no aplica la normativa citada y se opone a la jurisprudencia reseñada; (ii) la resolución recurrida confunde la ausencia de duplicidad en el cobro con la falta de reciprocidad, aduciendo que no resulta acreditado que de manera cumulativa al cobro de comisiones se repercutan también intereses de demora al cliente, sin exigir una justificación objetiva del devengo de la citada comisión que sólo puede responder a un servicio prestado o a un gasto que la entidad bancaria haya tenido que soportar adicionalmente; (iii) la sentencia recurrida equipara erróneamente intereses de demora con comisiones por **descubierto**, no siendo equivalentes, pues el ordenamiento jurídico únicamente reconoce la función indemnizatoria por el incumplimiento de la obligación de pago a los intereses de demora; (iv) la falta de causa sobreviene por no corresponder la comisión de **descubierto** a ningún servicio efectivo y por su incompatibilidad para sancionar el impago, función que corresponde exclusivamente a los intereses de demora.

Esta Sala ha resuelto una cuestión sustancialmente igual que la que se plantea en este motivo del recurso en la reciente sentencia 176/2020, de 13 de marzo, sin que concurren razones para que nos apartemos de la doctrina allí fijada, que procede mantener.

SEXTO. - *Decisión de la sala. La comisión por **descubierto** o excedido en cuenta. Falta de duplicidad con los intereses de demora. Desestimación.*

1.- *La comisión de **descubierto** o excedido en cuenta.*

En cuanto a la comisión de **descubierto** o excedido en cuenta, es necesario comenzar analizando el contenido del servicio a que se refiere. Según el Banco de España (Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2018), el **descubierto** en cuenta corriente supone, en la práctica bancaria, una "facilidad crediticia concedida por las entidades para permitir que se atiendan pagos autorizados contra las cuentas de sus clientes por encima de los saldos contables de estas". Es decir, tales pagos se cargan en la cuenta a pesar de que el saldo no sea suficiente.

Esta figura o servicio bancario constituye una operación de crédito que ya había sido reconocida como tal por la jurisprudencia y la legislación con anterioridad al inicio del periodo de tiempo a que se refieren los hechos de este litigio (años 2006-2016). La sentencia de esta sala núm. 682/1994, de 11 de julio, citando la anterior de 25 de noviembre de 1989, afirmó:

"en el contrato de cuenta corriente bancaria el límite cuantitativo de las órdenes de pago viene dado por la cifra del "Haber" del cliente en el momento de la orden, y [...] cuando, de acuerdo con una práctica bancaria habitual, el Banco [...] permite libramientos de cheques por cuantía superior al expresado límite de la cuenta corriente respectiva, ello implica una concesión encubierta de crédito bajo la forma de **descubiertos**, de acuerdo con el artículo 4.º de la Orden 17 enero 1981, sobre "liberalización de tipos de interés y dividendos bancarios y financiación a largo plazo" que dispone que "los **descubiertos** en cuenta corriente o excedidos en cuenta de crédito se considerarán operaciones de crédito a todos los efectos".

Y por tal razón la citada sentencia consideró que al permitir la entidad de crédito **descubiertos** por encima del "haber" de la cuenta corriente lo que hacía en realidad era "conceder un crédito por dicho exceso".

2.- Este específico servicio bancario se encuentra no sólo reconocido jurisprudencialmente, sino también tipificado normativamente en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que se refiere al mismo en su art. 4.1 en los siguientes términos:

"Se entiende que hay posibilidad de **descubierto** en aquel contrato de crédito explícito mediante el cual un prestamista pone a disposición de un consumidor fondos que superen el saldo en la cuenta a la vista del consumidor. [...]"

A continuación, el mismo artículo, en su apartado 2, se refiere a la figura del "**descubierto** tácito" definiéndolo como "aquel **descubierto** aceptado tácitamente mediante el cual un prestamista pone a disposición de un consumidor fondos que superen el saldo de la cuenta a la vista del consumidor o la posibilidad de **descubierto** convenida".

Junto a dicha figura se encuentra otra próxima pero diferente cual es la del "excedido tácito", que es, según el apartado 3 del mismo artículo, aquél "excedido aceptado tácitamente mediante el cual un prestamista pone a

disposición de un consumidor fondos que superen el límite pactado en la cuenta de crédito del consumidor". Facilidad crediticia que, como señala el Banco de España, en una cuenta de crédito representa la cantidad por principal de la que dispone el acreditado, con autorización de la entidad, fuera de los límites del crédito y durante su vigencia, por lo que no puede considerarse como excedido el principal del crédito una vez vencido este, ni las cantidades por intereses moratorios o convencionales que se acumulen al principal.

3.- La regulación de la concreta figura del "**descubierto** tácito", **descubierto** que es el que ha generado las comisiones objeto de este litigio, se contiene específicamente en el art. 20 de la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo, del que, en lo que ahora interesa, resulta: (i) que entre la información que el prestamista debe proporcionar al consumidor (en caso de "**descubierto** tácito importante") figura la relativa a "las posibles penalizaciones, gastos o intereses de demora aplicables" - art. 20.3, d) -; y (ii) que en ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de **descubiertos** a los que se refiere este artículo un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero - art. 20.4 -. A su vez, para calcular la tasa anual equivalente se determinará el coste total del crédito para el consumidor, exceptuando los gastos que haya de pagar por el incumplimiento de sus obligaciones (art. 32.2 LCCC), coste total que incluye todos los gastos que supone para el consumidor, incluidos los intereses, las comisiones, los impuestos y cualquier otro tipo de gastos (art. 6, a).

4.- Esta regulación es coherente con el art. 315 del Código de comercio que, tras referirse a la libre determinación del interés del préstamo, añade en su párrafo segundo que "Se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor". Concepto amplio de retribución o contraprestación que igualmente se percibe en las previsiones que para los **descubiertos** tácitos en cuentas bancarias se incluyen en el art. 4.3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, y en el punto 1.1.3 del anejo 4 de la Circular del Banco de España 5/2012, según los cuales las entidades que permitan **descubiertos** tácitos deberán publicar las comisiones, tipos de interés o recargos aplicables (los cuales tendrán el carácter de máximos, sin perjuicio de los inferiores que se hayan fijado contractualmente).

5.- Por su parte, el Banco de España en su Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2018, reflejando lo que resulta del conjunto normativo reseñado, se refiere a la licitud y límites de los intereses y comisiones por **descubierto**, y afirma:

"Una vez admitida por la entidad la apertura del **descubierto**, está en su legítimo derecho de exigir el pago de los intereses y de las comisiones estipuladas en el contrato de la cuenta corriente para saldos deudores, con las limitaciones establecidas por la Ley. Así, la LCCC establece en su artículo 20.4 que en ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de **descubiertos** -tácitos- en cuenta corriente a la vista de consumidores un tipo de interés que dé lugar a una TAE superior a 2,5 veces el interés legal del dinero".

En relación específicamente con la comisión de **descubierto** en cuenta corriente, partiendo de que supone, como se ha señalado, una "facilidad crediticia" (operación de crédito) al admitir cargos en **descubierto**, el Banco de España afirma:

"[...] como contraprestación, las entidades perciben una comisión que, generalmente, se aplica sobre el **descubierto** mayor de todo el período de liquidación. Dicha comisión, que es incompatible con cualquier comisión de apertura o similares en los **descubiertos** en cuenta corriente, no es aplicable en los **descubiertos** por valoración, ni más de una vez, aunque se generen varios **descubiertos** dentro de un mismo período de liquidación. 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".

6.- Se trata de una comisión distinta a la comisión por reclamación de posiciones deudoras (sentencia 566/2019, de 25 de octubre), pues cada una de ellas retribuye servicios distintos. La referida Memoria del Banco de España deslinda ambas comisiones y servicios:

"mientras que la comisión de 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. La comisión por la apertura de **descubierto** debe ser tenida en cuenta en el cómputo del límite máximo establecido en la LCCC para el **descubierto** tácito en cuenta a la vista de consumidores, al que se ha hecho referencia anteriormente (art. 20.4 de la LCCC)".

7.- De todo lo antes dicho, en lo que aquí interesa, resulta que: (i) el **descubierto** tácito en cuenta es un servicio bancario consistente en la concesión de una facilidad crediticia (crédito cfr. art. 20.4 LCCC) al titular de la cuenta mediante la autorización de cargos que exceden el importe del saldo disponible; (ii) dicho servicio bancario puede ser retribuido mediante una contraprestación, que puede revestir la forma de intereses o



comisiones por **descubierto**; (iii) las citadas comisiones resultan válidas y lícitas siempre que, además de cumplirse con los correspondientes deberes de información: a) respeten el límite máximo equivalente a una tasa anual equivalente (TAE) superior a 2,5 veces el interés legal del dinero (incluidos los conceptos previstos en el art. 32.2 LCCC, en los casos en que resulta aplicable); b) no se aplique adicionalmente a dicho límite una comisión de apertura en los **descubiertos** (esta comisión debe computarse conjuntamente con la de **descubierto** para respetar su límite); y c) no se aplicable más de una vez en cada periodo de liquidación, aunque se generen varios **descubiertos** dentro de un mismo período.

8.- Intereses de demora. Distinción respecto de la comisión de **descubierto.**

Concepto distinto de la comisión por **descubierto** es el de los intereses de demora, que responden a caracteres y finalidades distintas. La comisión de **descubierto**, como hemos visto, tiene una finalidad retributiva de un servicio que se presta por el banco al cliente deudor, que en la práctica supone una nueva concesión de crédito.

No hay aquí un incumplimiento o una mora del deudor, pues la autorización por la entidad financiera del cargo en **descubierto** (sobregiro sobre el saldo disponible de la cuenta), bien por domiciliación de recibos, emisión de cheques con cargo a la cuenta, disposiciones o reintegros de efectivo a través de cajeros, u otros actos de disposición de dinero, constituyen, por el importe del exceso sobre el saldo disponible, una facilidad crediticia concedida voluntariamente por el banco, lo que da lugar al nacimiento de la obligación de su restitución y del pago de la correspondiente contraprestación en forma generalmente de comisión, que se liquidará periódicamente en los términos contractualmente previstos, dentro de los límites legales.

9.- Diversamente los intereses de demora tienen una finalidad indemnizatoria de los daños y perjuicios causados por la morosidad o incumplimiento de la obligación de pago del cliente, conforme a los arts. 1.101 y 1.108 CC. Así lo declaramos en la sentencia 669/2001, de 28 de junio, citada por el recurrente:

"la función de los intereses de demora es la indemnizatoria de daños y perjuicios, imputable al incumplimiento o retardo en el cumplimiento de su obligación y viene determinada por el abono de los pactados y, en su defecto, del interés legal".

Más recientemente hemos reiterado esta finalidad indemnizatoria, y disuasoria, de los intereses de demora, en función del tiempo transcurrido hasta el efectivo pago, en las sentencias 265/2015, de 22 de abril y 705/2015, de 23 de diciembre:

"Mientras el interés ordinario retribuye la entrega del dinero prestado durante el tiempo que está a disposición del prestatario, el interés de demora supone un incremento destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por el prestatario de los plazos estipulados para el pago de las cuotas de amortización del préstamo, con la función añadida de disuadir al prestatario de retrasarse en el cumplimiento de sus obligaciones"

10.- Por tanto, las cantidades en que se concrete la concesión de nuevo crédito en que consiste el **descubierto** tácito en cuenta, no pueden generar, durante el periodo de tiempo a que estén sujetos a su retribución mediante liquidaciones periódicas de comisiones de **descubierto**, el devengo de intereses moratorios, pues tales cantidades de sobregiro o excedidas del saldo disponible, voluntariamente cargadas en cuenta por el acreedor, constituyen nuevo crédito, sujeto a la regulación contractual aplicable como *lex privata* (art. 1.091 CC), no un inexistente crédito anterior vencido y exigible.

Esta imposibilidad legal de duplicidad o solapamiento de gravamen de unas mismas cantidades y por unos mismos periodos de tiempo mediante la aplicación o devengo simultáneo de intereses de demora y de comisión de **descubierto**, responde a un criterio general que proscribiera sujetar un mismo servicio a un doble gravamen retributivo, redundante por carecer de una correlativa doble contraprestación (STS 176/2020, de 13 de marzo, y SSTJUE de 3 de octubre de 2019 - asunto C-621/17, *Gyula Kiss* -, y de 26 de febrero de 2015 - asunto C-143/13, *Matei* -).

Conforme 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, ya que en tal caso sería redundante con los intereses de demora (produciéndose el solapamiento que hemos visto que el TJUE considera ilícito), sino unos servicios que hay que justificar (art. 87.5 TRLGCU respecto del cobro de servicios no prestados).

11.- Distinto es que en los casos en que se produzca un incumplimiento por incurrir el deudor en situación de mora (cosa que por definición no ocurre cuando el acreedor autoriza voluntariamente el cargo en **descubierto**), se pacte una cláusula penal. Como declaramos en la sentencia 556/2019, de 25 de octubre:

"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 (sentencia



126/2017, de 24 de febrero). 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 (sentencia 74/2018, de 14 de febrero)".

Ese doble carácter resarcitorio o punitivo se refleja también en algunas de las disposiciones de la Unión Europea, como el art. 28.2 y 3 de la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento y del Consejo, de 4, de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

De ahí que el art. 20.3, d) LCCC prevea en los casos de **descubierto** tácito la posibilidad de devengar "penalizaciones, gastos o intereses de demora" (previsión paralela a la contenida en el art. 18.2 - "rebasamientos" - de la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008).

12.- El caso objeto de la presente litis. Existencia del servicio de **descubierto, devengo de la comisión de **descubierto**, e inexistencia de intereses de demora.**

En el caso objeto del presente pleito, conforme a la valoración probatoria hecha en las instancias, no se ha producido la duplicidad proscrita del devengo simultáneo y para unas mismas cantidades de intereses de demora y de comisión por **descubierto**, tal y como afirma la Audiencia.

Igualmente resulta de la prueba practicada que el **descubierto** tácito (servicio de concesión de facilidad crediticia en los términos en que lo hemos descrito) ha sido real y efectivamente prestado durante un amplio periodo de tiempo (entre 2006 y 2016). Como se afirma en la sentencia de primera instancia y acepta la recurrida:

"En el presente caso, se acredita que el cobro de dichas liquidaciones corresponde con un previo **descubierto** de la actora y que ante los cargos que se le hacían en la cuenta sin tener saldo suficiente, los mismos no han sido devueltos, sino que se han hecho a favor de la actora y a cargo de la demandada adelantando el importe aun cuando no hubiera saldo quedando un **descubierto** por la diferencia, motivo por el cual sí se ha prestado un servicio de préstamo real ante dicho **descubierto**; por otro lado del extracto se deduce [...]"

Por tanto, el servicio se produjo, y hubo reciprocidad entre la prestación de los servicios citados y la comisión devengada y cargada. Además, dicha comisión se fijó en el contrato en atención al importe de los **descubiertos**, con el resultado de cantidades fluctuantes en función de dichos excedidos durante los sucesivos periodos de liquidación (si bien de la prueba obrante en las actuaciones se desprende que se cobraron cantidades inferiores a las resultantes de las previsiones contractuales), y no constan incumplidos los límites cuantitativos contractuales y legales, incluso tomando como referencia los fijados para el caso de los contratos con consumidores (2,5 veces el interés legal del dinero que impone el art. 20.4 LCCC).

Por tanto, estamos en presencia de un contrato oneroso con causa existente y lícita (concesión del crédito en que consiste el **descubierto** para el deudor y cobro de la comisión para el acreedor), conforme a los arts. 1.274 y 1.275 CC.

13.- Finalmente, las dos sentencias de esta Sala citadas como infringidas en el motivo (669/2001, de 28 de junio, y 584/2008, de 23 de junio), la primera sobre si los intereses de demora son reclamables en ausencia de pacto y la segunda sobre la repercusión de gastos por devolución de efectos, no guardan relación con la *ratio decidendi* de la resolución recurrida.

14.- Como consecuencia de todo ello el recurso de casación debe ser desestimado.

SÉPTIMO. - Costas y depósito

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Ana María , contra la sentencia 223/2017, de 22 de septiembre de la Audiencia Provincial de Oviedo, sección Primera, en el recurso de apelación núm. 62/2017.

2.º- Condenar a la recurrente al pago de las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.



Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ