

Audiencia Provincial de Álava de Álava, Sección 1ª, Sentencia 538/2016 de 30 Dic. 2016, Rec. 411/2016

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA

ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA

Sección / Atala: 1ª/1.

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por la Ilma. Sra. Dª Mercedes Guerrero Romeo, Presidenta, y los Ilmos. Srs. Magistrados D. Iñigo Elizburu Aguirre y D. Edmundo Rodríguez Achútegui, ha dictado el día treinta de diciembre de dos mil dieciséis

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº 411/16

El recurso de apelación civil Rollo de Sala nº 538/2016, procedente del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, derivado de los Autos de Juicio Verbal nº 3/2016, ha sido promovido por **KUTXABANK S.A.**, representado por el Procurador de los Tribunales D. JESÚS Mª DE LAS HERAS MIGUEL, asistido del letrado D. CARLOS LOSADA PEREDA, frente a la sentencia dictada el 17 de junio de 2016 (ROJ: SJPI 196/2016). Es parte apelada la **ASOCIACIÓN URIBE KOSTA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS "URKOA"**, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª CONCEPCIÓN MENDOZA ABAJO, asistida del letrado D. JOSÉ IGNACIO VELASCO DOMÍNGUEZ. Es ponente el Sr. Magistrado **D. Edmundo Rodríguez Achútegui**.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- La Procuradora de los Tribunales Dª CONCEPCIÓN MENDOZA ABAJO, en nombre y representación de ASOCIACIÓN URIBE KOSTA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS "URKOA", presentó el día 23 de diciembre de 2015 demanda de juicio verbal frente a KUTXABANK S.A., que fue turnada el día 30 al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, registrándose con el número 3/2016.

2.- En la demanda la ASOCIACIÓN URIBE KOSTA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS "URKOA" ejercita acción de cesación frente a la cláusula que estima abusiva de reclamación de posiciones deudoras, que considera vulnera los arts. 1 y ss de la Ley de Condiciones Generales de Contratación, el RDL 1/2007 que dispone el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, en particular sus arts. 82 y 83, pero también los arts. 85, 86, 87, 88 y 89, y las demás normas que cita, apoyándose en diversa doctrina judicial.

3.- Admitida la demanda mediante decreto de 25 de enero de 2016, tras emplazarse a la demandada comparece el Procurador de los Tribunales D. JESÚS Mª DE LAS HERAS MIGUEL, en nombre y representación de KUTXABANK S.A., alegando falta de legitimación activa de la demandante por considerarla asociación no representativa en el sentido que disponen los arts. 24.2 LGDCU y 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por tener un ámbito de actuación que no supera la Comunidad Autónoma Vasca. Añade que la

condición general cuya cesación se insta no es abusiva, la comisión no es desproporcionada sino necesaria para luchar contra la morosidad, responde a un perjuicio realmente causado que es la gestión de cobro, y es comisión admitida por el Banco de España, por todo lo cual, y por lo demás que expone, entiende debe ser desestimada la demanda.

4.- En diligencia de ordenación de 17 de febrero se tuvo por personada y parte a la demandada, y por contestada a la demanda, acordando oír al actor sobre la eventual solicitud de vista, que no se produjo, razón por la que en providencia de 2 de mayo se declaran los autos conclusos y vistos para sentencia.

5.- El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz dictó sentencia el 17 de junio de 2016 (ROJ: SJPI 196/2016), en el citado procedimiento de juicio verbal nº 3/2016, cuyo fallo dice:

“ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora Concepción Mendoza Abajo en nombre y representación de la ASOCIACIÓN URIBE KOSTA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS “URKOA”, contra KUTXABANK S.A. representada por el Procurador Jesús M^a de las Heras Miguel,

DECLARO que la demandada está utilizando entre sus condiciones generales una cláusula que establece una comisión a cargo del cliente por reclamación de posiciones deudoras que resulta contraria a Derecho por ser abusiva y por tanto nula conforme a la normativa de protección de los consumidores y usuarios, y en consecuencia,

CONDENO a la demandada a eliminar la indicada cláusula de sus condiciones generales, a cesar en su imposición y cobro a la clientela, tanto en los contratos que celebre en el futuro como en los ya concertados, manteniendo estos últimos su vigencia con el resto de sus cláusulas.

Si en el plazo de 20 días siguientes a la firmeza de la presente resolución la demandada no elimina la cláusula nula, se le impondrá una multa coercitiva de 1.000 euros diarios.

CONDENO a la demandada a publicar a su costa la presente sentencia en un periódico de los de mayor tirada en el País Vasco.

Se condena en costas a la demandada”.

6.- Frente a la anterior resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación de KUTXABANK S.A., alegando:

– 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. 24.2 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.

– Infracción de los arts. 1101 y 1152 del Código Civil por ser válidas 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.

7.- El recurso se tuvo por interpuesto mediante resolución de 7 de septiembre, dándose el correspondiente traslado a la contraparte por diez días para alegaciones, presentando la representación de ASOCIACIÓN URIBE KOSTA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS “URKOA” escrito de oposición al recurso, tras todo lo cual se elevan los autos a esta Audiencia Provincial.

8.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala, el día 3 de noviembre se manda formar el Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia al Sr. Magistrado **D. Edmundo Rodríguez Achútegui**.

9.- En providencia de 9 de noviembre se acuerda señalar para deliberación, votación y fallo el siguiente día 15.

10.- En la tramitación de este recurso se han observado las formalidades legales esenciales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Sobre los hechos probados

11.- La sentencia apelada, aplicando el art. 209-2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), recoge expresamente diversos hechos probados que no se han cuestionado por las partes en esta alzada, y que por ello serán tenidos en cuenta para resolver.

12.- En primer lugar se declara demostrado que la ASOCIACIÓN URIBE KOSTA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS "URKOA" está inscrita en el Registro General de Asociaciones del País Vasco en virtud de resolución de 30 de enero de 1991 con el número de registro AS/B/02498/1991. 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, cuyo ámbito de aplicación principal es, según el art. 4 de sus estatutos, la Comunidad Autónoma del País Vasco.

13.- También declara la sentencia apelada como hecho probado que Kutxabank S.A. es una entidad financiera que utiliza en la mayor parte de los contratos de operaciones crediticias y de cuentas a la vista la siguiente cláusula:

"Comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas o descubiertas.

Por cada situación de impago de préstamo o crédito, así como por cada posición deudora que se produzca en cuenta a la vista, y una vez realizada la oportuna gestión personalizada (de las que se recogerá constancia fehaciente) con el cliente solicitando su regularización, se devengará una comisión en concepto de Comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas o descubiertas que se liquidará en cuenta, siendo el importe de la misma 30 euros"

SEGUNDO.- Sobre la legitimación activa de URKOA

14.- Como primer motivo de su recurso, Kutxabank S.A. reproduce la alegación que ya esgrimió en la instancia, cuestionando la legitimación activa de la asociación demandante, ahora apelada. En su opinión la acción de cesación que plantea Urkoa constituye la defensa de intereses difusos prevista en el art. 11.3 LEC, respecto de una cláusula que afecta a todo tipo de contratos, cualquiera que sea la redacción de la cláusula y cualquiera que sea su importe. Afecta a una pluralidad de individuos de muy difícil determinación, de modo que sólo puede ejercitar acción las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la ley, sean representativas.

15.- Esa condición, dice la apelante, se describe en el art. 24.2 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios (LGDCU), ostentándose por las asociaciones que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial en conflicto afecte fundamentalmente a una comunidad autónoma, en cuyo caso se estará a su legislación específica.

16.- Kutxabank S.A. sostiene que Urkoa no forma parte de ese consejo, y que además el ámbito del conflicto excede del ámbito de la Comunidad Autónoma Vasca, porque Kutxabank S.A. tiene presencia, o al menos abiertas oficinas al público, en otras trece Comunidades Autónomas distintas a la vasca.

17.- La sentencia recurrida desestimó la alegada falta de legitimación activa de Urkoa. Entiende que Urkoa define en sus estatutos que su ámbito de actuación principal es la Comunidad Autónoma Vasca, por lo que puede operar fuera de la misma, recordando la STS 13 octubre 2014, rec. 1161/2012, que cita a su vez la STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012.

18.- Cuando se trata, como es el caso, de condiciones generales de la contratación, el art. 16 de la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) dispone que las acciones a que alude su art. 12 (cesación, retractación y declarativa), pueden ser ejercitadas por las entidades que relaciona. Entre ellas el apartado 3 recoge a *“Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores”*.

19.- Legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores es la Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias. Sus arts. 29 y ss se refieren a las *“Asociaciones de personas consumidoras y usuarias”*, y el art. 32 reconoce entre sus derechos, en el apartado i): *“Ejercer las correspondientes acciones judiciales y extrajudiciales en defensa de los socios y de las socias, de la asociación y de los intereses colectivos de las personas consumidoras y usuarias en general, de conformidad con la legislación aplicable”*.

20.- Como se declaró probado en la instancia y se ha recogido en §12, Urkoa se creó antes de aprobarse esta ley, en el año 1991. Por lo tanto, se sometió a la legislación general de asociaciones entonces vigente. Tiene su domicilio en Euskadi, ejerce su actividad principal en esta Comunidad Autónoma y entre sus fines está la defensa de las personas consumidoras y usuarias. Con esos datos, tendría legitimación para ejercitar la acción que ha planteado.

21.- No obstante lo anterior, la legitimación se reconoce también en el art. 16.3 LCGC a quienes reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Al haberse refundido la norma por RDL 1/2007, sostiene la apelante que será de aplicación su art. 24, que exige en su apartado 2, a los efectos de la legitimación para representar intereses difusos del art. 11.3 LEC, que se forme parte del Consejo de Consumidores y Usuarios.

22.- El ejercicio de las acciones colectivas que previene el art. 12 LCGC, de cesación, retractación y declarativa, se somete a un régimen especial. A diferencia de las individuales, son imprescriptibles con matices (art. 19 LCGC). Además sólo pueden ejercitarlas quienes recoge el art. 16 LCGC. Tales acciones están perfectamente identificadas en el citado art. 12 LCGC, y son diversas del ejercicio de intereses difusos a que alude el art. 11.3 LEC, que se refiere a *“una pluralidad de consumidores y usuarios indeterminada o de difícil determinación”*.

23.- Habrá una pluralidad de consumidores y usuarios indeterminada o de difícil determinación cuando, como señala el art. 19 LGDCU, la práctica comercial, acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización directamente relacionada con la promoción y la venta o el suministro de bienes o servicios, incluidos los bienes inmuebles, hayan afectado a un grupo indeterminado de consumidores o usuarios. Es paradigma de tal indeterminación, característica del carácter difuso de la protección, la actividad publicitaria, que puede haber alcanzado a múltiples consumidores que no es sencillo identificar.

24.- El art. 11.3 LEC se refiere a esos casos, pero no es aplicable al de autos, por lo 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 S.A. Por eso la asociación de consumidores demandante y ahora apelada, no tiene que hacer el llamamiento previsto en el art. 15 LEC. Actúa con la legitimación que le concede el art. 11.2 LEC, por ser *“un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes están perfectamente determinados o son fácilmente determinables”*.

25.- A diferencia del apartado 3 del art. 11 LEC, el apartado 2 no exige que la asociación sea representativa para conceder legitimación, que *“corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios”*, carácter que ostenta la Asociación Uribe Kosta de Consumidores y Usuarios “Urkoa”. Todo ello supone, por tanto, la desestimación del primer motivo del recurso, en tanto Urkoa ostenta legitimación para ejercitar la acción de cesación que ha planteado en este litigio.

TERCERO.- Sobre el carácter de la comisión por reclamación de posiciones deudoras

26.- Sostiene la recurrente que la asociación de consumidores demandante no pretende la nulidad de una cláusula concreta, sino la de cualquier comisión por reclamación de posiciones deudoras, cualquiera sea el contrato (préstamo, crédito, cuenta a la vista...) en que se incluya. Entiende que esta comisión indemniza el daño que pueda ocasionarse a Kutxabank por el incumplimiento de sus clientes de las obligaciones de pago en operaciones crediticias.

27.- Añade la recurrente que esa cláusula penal se ha adaptado a los criterios exigidos por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España. Entiende que, pese al criterio de la sentencia recurrida, la cláusula no vulnera el art. 85.3 LGDCU, porque no vincula el contrato a la voluntad de Kutxabank, ni reserva en su favor facultades de interpretación o modificación. La comisión sólo se devenga si hay gestión personalizada de cobro, de la que debe conservarse constancia fehaciente.

28.- Aunque Kutxabank no aportó con su contestación a la demanda ningún documento, hay que reconocer que 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.

32.- 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 (STS 2 octubre 2001, rec. 1961/1996, 14 julio 2009, rec. 325/2005, 22 abril 2015, rec. 2351/2012 y 3 junio 2016, rec. 2499/2014) 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, rec. 1328/2008, es *“sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones...”*.

33.- Si se produce el descubierto, impago o “posición deudora”, opera inmediatamente el interés de demora. Si a ese interés se suma la “comisión” ahora discutida (que permite el cobro de hasta 30 euros por remitir un simple correo electrónico), resulta una sanción civil o indemnización desproporcionada, que carece de justificación y vulnera el art. 85.6 LGDCU, que declara abusivas *“Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”*.

34.- En consecuencia, el reproche que hace el primer apartado del segundo motivo del recurso a la pretensión de la asociación de consumidores Urkoa, carece de fundamento. La asociación pretende la cesación de una práctica, basada en las cláusulas que contienen los contratos de Kutxabank, que supone percibir una “comisión” o indemnización por un servicio que no presta a los clientes, sino a sí misma, y cuyo importe resulta desproporcionado.

CUARTO.- Sobre la vulneración del art. 85.3 LGDCU

35.- 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 LGDCU. Argumenta que este tipo de comisiones no vinculan el contrato a la voluntad de Kutxabank, ni reserva en su favor facultades de interpretación o modificación. En realidad, explica, la comisión sólo se devenga si hay gestión personalizada de cobro, de la que debe conservarse constancia fehaciente.

36.- La sentencia de instancia considera que no hay prueba alguna de que Kutxabank realice la operativa como narra. En la contestación se expuso que entre el primer y tercer día en que se produce el impago se hace una llamada telefónica y comunica por Short Message Service o correo electrónico. Si no es posible el contacto así, se remite una carta. Si el séptimo día no hay respuesta, se devenga la comisión, aunque en el 60 % de los casos se regulariza la posición atrasada por lo que no se exige.

37.- Entiende la sentencia recurrida que no hay prueba al respecto. Añade que esas explicaciones no aclaran si hay gasto efectivo, y no concretan si es una comisión periódica o única. Esa convicción judicial no se cuestiona en el recurso, que no discute la falta de

prueba de su pretendida operativa. En consecuencia, debe concederse que el empresario se reserva la interpretación del contenido de una cláusula que contenga una comisión del tipo recogido en §13. Vistos sus ambiguos términos, puede reclamarla tras una simple llamada telefónica, un correo o SMS. Puede hacerlo además una o varias veces. De hecho podría solicitar la cantidad de 30 € cada día, o varias veces al día, porque puede hacerlo tantas veces como reclame por “cada” posición deudora.

38.- Al margen de que el art. 1256 del Código Civil (CCv) prohíba que la validez y el cumplimiento de los contratos puedan dejarse al arbitrio de uno sólo de los contratantes, ha de compartirse con la sentencia de instancia que la forma en que se redacta la cláusula permite a Kutxabank interpretar unilateralmente su contenido, por lo que vulnera el art. 85.3 LGDCU. Esta objeción que se plantea en el recurso será desestimada.

QUINTO.- Sobre la vulneración del art. 86 LGDCU

39.- Seguidamente cuestiona Kutxabank que se haya infringido el art. 86 LGDCU. Dice 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 declaradas abusivas en ese precepto.

40.- 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. Tampoco permite saber cuánto se le carga, o en cuántos días debe regularizar la situación o atender la reclamación, lo que entiende vulnera el precepto citado.

41.- El recurso no explica en qué falla el razonamiento judicial expuesto. Se limita a afirmar que no hay vulneración del art. 86 LGDCU. Pero como expone la sentencia recurrida, 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 permanezca. En definitiva, se priva al cliente de un conocimiento preciso para poder actuar sin sufrir quebranto económico, que es en definitiva lo que dispone la sentencia recurrida.

SEXTO.- Sobre la vulneración del art. 87.5 LGDCU

42.- Kutxabank asegura que tampoco se vulnera el art. 87.5 LGDCU. El precepto 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”*.

43.- Dice Kutxabank que en un contrato de préstamo o crédito, del que es modalidad el descubierto en cuenta corriente, las obligaciones de pago recaen en exclusiva en la parte prestataria o acreditada, por lo que no tiene sentido establecer una reciprocidad en tales obligaciones.

44.- El recurso nada dice del argumento de la sentencia recurrida, que fundamenta su aplicación en que la comisión permite percibir a Kutxabank 30 euros por un servicio que no se presta. Dice además la sentencia del juzgado que si el cliente tiene que efectuar una reclamación a la entidad financiera, no está previsto que obtenga resarcimiento si es extrajudicial, ya elija acudir en persona a la oficina, ya opte por remitir un correo electrónico o carta certificada.

45.- El art. 87.5 LGDCU es de aplicación porque, como expone la sentencia y se ha explicado en el fundamento jurídico tercero de esta resolución, no hay servicio o gasto que

se preste al cliente. Cuando Kutxabank dispone el cobro de una comisión por reclamación de posiciones deudoras con cargo al cliente, percibe una cantidad por un servicio inexistente, que se presta a sí misma, por ser propio de su objeto social.

46.- La falta de reciprocidad es descrita certeramente en la sentencia recurrida. Las reclamaciones al banco no generan una indemnización correlativa a favor del cliente. Además, pese a lo que asegura en el recurso, pueden surgir incidencias que hagan factible esas reclamaciones, como cargos indebidos, gastos que no corresponden o falta de atención de la obligación de facilitar crédito hasta el límite concedido. Todo ello supone apartar las consideraciones que justifican este apartado del segundo motivo del recurso.

SÉPTIMO.- Sobre la infracción del art. 89.3 LGDCU

47.- Seguidamente Kutxabank argumenta que no se vulnera el art. 89.3 LGDCU. En su opinión, los gastos que le ocasiona la morosidad de sus clientes no es de documentación, tramitación y no le corresponde.

48.- La sentencia recurrida explica que se vulnera el precepto porque se le impone un gasto de tramitación que corresponde al empresario. Sobre este argumento, nada dice el recurrente, que se limita a asegurar que la gestión de recuperación por la mora no es gasto comprendido en el precepto.

49.- El art. 89.3 LGDCU considera abusiva *“la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario”*. La recuperación de impagados corresponde por ley al acreedor, aunque sea posible la cesión del crédito a terceros, sin necesidad de consentimiento del deudor, conforme a lo que disponen los arts. 1526 y ss CCv. El titular de un crédito es el legitimado para reclamarlo.

50.- Si se reclama un crédito por Kutxabank, el coste que supone a ella corresponde. No puede endosarlo al cliente, sin perjuicio de que se indemnice al acreedor por el cumplimiento tardío o forzoso con el interés de demora que se haya pactado. Si lo hace, como es el caso, está imponiendo al consumidor gastos que por ley corresponden al empresario. Es decir, se vulnera el art. 89.3 LGDCU, como sostiene la sentencia recurrida. Por tanto las razones que al respecto se esgrimen, deben ser desestimadas.

OCTAVO.- Sobre el previo control administrativo

51.- A continuación mantiene el apelante que la comisión controvertida se ha comunicado al Banco de España y al Departamento de Consumo del Gobierno Vasco (Kontsumobide). Mantiene que ha modificado la cláusula y sus procedimientos de gestión para adaptarlos a los criterios de ambos organismos. Subraya, finalmente, que antes del cobro de la comisión se realizan “gestiones personalizadas”, y se da un tiempo al cliente para que regularice su posición atrasada.

52.- No hay constancia de nada de lo que dice Kutxabank. No consta la comunicación a Banco de España o Kontsumobide, porque con la contestación a la demanda no se aporta otro documento que el poder al Procurador. Tampoco hay prueba de que se haya producido alguna modificación de la comisión, ni que tal alegado cambio se verificara para adaptarla a criterios de ambos organismos.

53.- Lo anterior no impide constatar que, si se hubiera acreditado, tal beneplácito no impide que los tribunales declaren la eventual abusividad de una cláusula en aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

54.- Sólo de este modo se salvaguarda el principio de primacía del derecho de la Unión Europea (STJUE 11 septiembre 2014, C-112/13, 5 abril 2016, C-689/13, caso Pulgigenica. Atendiendo ese principio y la idea de posición de inferioridad del consumidor (STJUE 27 julio 2000, C-240/98, caso Océano, 30 abril 2014, C-26/13, caso Kásler), el principio no vinculación que proclama el art. 6.1 de la Directiva 93/13 trata reemplazar el equilibrio formal por real (STJUE 26 octubre 2006, C-168/05, Mostaza Claro).

55.- Para compensar el mencionado desequilibrio se exige intervención ajena a la partes del contrato (STJUE 6 octubre 2009, C-40/08, caso Asturcom), que realizan los tribunales nacionales pasando incluso por encima de su derecho procesal, como en el caso del juicio monitorio indicó la STJUE 14 junio 2012, C-618/10, caso Banesto, en del art. 400 LEC la STJUE 3 octubre 2013, C-32/12, caso Duarte, o de la propia jurisprudencia, como acaba de exponer la STJUE 21 diciembre 2016, C-154/15, 307/15 y 308/15, caso Gutiérrez Naranjo. Si cabe tal facultad para superar barreras de rango legal o la jurisprudencia, otro tanto habrá que admitir respecto de la opinión de los organismos que antes se citaron.

56.- En cuanto a la afirmación de que se hacen gestiones personalizadas, es irrelevante. Sólo si se realiza el servicio o gasto tiene justificación el cobro de una comisión. Sostener que sólo se percibe la comisión cuando se hace la gestión es una obviedad. Si no se hiciera, no habría derecho a reclamarla o cargarla en la cuenta del cliente.

57.- Finalmente, no hay constancia, salvo la afirmación de Kutxabank, de que se facilite un tiempo al cliente para regularizar su situación de impago o retraso. Pero aunque así fuera, ese término no convierte en servicio al cliente una gestión propia de la actividad empresarial de la entidad bancaria. En consecuencia tampoco se acoge este apartado del segundo motivo del recurso.

NOVENO.- Sobre la licitud de la cláusula penal

58.- Sostiene entonces la recurrente que la cláusula controvertida es lícita por ser una cláusula penal admitida por el art. 1152 CCv. Introduce así una cuestión nueva, no suscitada en la instancia, y que por ello no tuvo tampoco respuesta en la sentencia recurrida.

59.- El art. 456.1 LEC establece el ámbito del recurso de apelación "*con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia*", sin que en este caso la cuestión se hubiera suscitado.

60.- Esta materia tiene relevancia constitucional. Sobre el recurso de apelación dice la STC 3/1996, de 15 enero (RTC 1996\3), que "*en nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura... como una revisio prioris instantiae en la que el Tribunal Superior u órgano ad quem tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, pero sin que la cognición del tribunal superior pueda extenderse a extremos distintos de los que fueron objeto del litigio en la primera*". No es posible, porque se privaría a las partes del doble grado de conocimiento judicial, manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, introducir cuestión nueva en segunda instancia.

61.- En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia, que explica que los términos del debate se fijan en la demanda, reconvencción y contestaciones, sin perjuicio de la introducción de hechos nuevos (STS 19 abril 2000, rec. 1626/1995, 10 junio 2000, rec. 167/1996, entre muchas otras), respondiendo al principio "*pendente appellatione nihil innovetur*" al que aluden las STS 21 marzo 2012, rec. 536/2009 o 12 febrero 2014, rec. 1568/2011. No cabe, por ello, introducir hechos nuevos en segunda instancia (STS 30

enero 2007, rec. 1416/2000). De este modo no se vulneran los principios de contradicción y defensa, pues no se habría dado a la otra parte la posibilidad de alegar y probar lo que estimara conveniente a su derecho sobre las nuevas cuestiones (STS 19 de febrero de 2004, rec. 883/1998 y 18 de mayo de 2005, rec. 4544/1988).

62.- Introducida por el apelante cuestión nueva en esta instancia, es improcedente su análisis al exceder del ámbito de conocimiento de este tribunal, aunque el argumento no podría acogerse por las razones expuestas en el Fundamento Jurídico tercero, ya que no caben dos indemnizaciones, la del interés de demora y el de la pretendida cláusula penal, que vulnerarían por desproporcionada el art. 85.6 LGDCU.

DÉCIMO.- Sobre la morosidad

63.- Finalmente se extiende el recurso en consideraciones sobre la morosidad, las obligaciones de las entidades bancarias al respecto, el deber de combatirla, los riesgos que ocasiona y las directrices que para reducirle disponen los reguladores. Añade que la cesación de las cláusulas que pretende la apelante dejaría sin indemnización a la entidad bancaria.

64.- Tales consideraciones son conocidas y comprensibles. No puede compartirse, sin embargo, que la estimación de una acción de cesación impida la indemnización de los perjuicios causados por la morosidad. En primer lugar porque éstos desde luego se resarcan si se plantea una reclamación judicial que prospere. Si no la hay, la previsión de intereses de demora cumple, precisamente, esa misión.

65.- Las consideraciones del recurrente no impiden constatar la abusividad de una previsión contractual que vulnera la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE de 29 de octubre 2011) 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 RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, 1256 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 los contratos celebrados con consumidores, y las demás que cita la sentencia apelada.

UNDÉCIMO.- Los precedentes judiciales

66.- Las razones hasta aquí expuestas no resultan una extravagancia. Han sido acogidas en ejercicio de acciones individuales por otros tribunales, y además, desde antaño. Podemos citar así la SAP Salamanca, Secc. 1ª, 9 febrero 2009, rec. 531/2008, que dijo que *“... repercutir, además de un tipo de interés, una comisión de exceso o descubierto carece de justificación legal y supone un doble cobro generador de enriquecimiento injusto”*, lo que reitera en SAP Salamanca, Secc. 1ª, 8 marzo 2010, rec. 57/2010. La SAP Jaén, Secc. 1ª, 3 mayo 2010, rec. 147/2010 mantiene que *“cuando las entidades de crédito acceden a conceder a sus clientes un crédito les cobran como contraprestación a ello un alto tipo de interés, por lo que con los mismos, además de remunerarse por el dinero prestado, se indemniza al banco por la especial situación que se crea por el descubierto, pues han de realizarse mayores apuntes, se corre mayor riesgo, es decir existe coincidencia con lo que pretende retribuir la comisión por descubierto, por lo que admitirse la postura de la parte recurrente, se produciría una doble remuneración, para un mismo servicio”*.

67.- Otros precedentes ejercitando acciones individuales son la SAP Sevilla, Secc. 8ª, 10 mayo 2011, rec. 265/2011, que mantiene que *“la cuantía cobrada por comisiones no responde a los servicios que genéricamente y sin prueba alguna, dice haber prestado el banco a la recurrente en el descubierto”*. O la SAP Tarragona, Secc. 1ª, 3 septiembre

2012, rec. 206/2012, que anula una cláusula semejante en base al “*carácter extraordinariamente desproporcionado de la comisión*”.

68.- Entre los pronunciamientos más recientes, ejercitando acciones individuales, la SAP Málaga, Secc. 4ª, 23 mayo 2014, rec. 908/2012, mantiene que “*la exigibilidad de la mencionada comisión no se justifica como contraprestación de ningún servicio efectivamente prestado por la entidad bancaria más allá del contenido propio del contrato de descuento, ya remunerado*”.

69.- Finalmente también se recoge una posición semejante en las SAP Gipuzkoa, Secc. 2ª, 16 marzo 2015, rec. 2052/2015, 24 marzo 2015, rec. 2075/2015, y 22 mayo 2015, rec. 2141/2015, que sostienen, también en ejercicio de acciones individuales, que es una carga improcedente que se suma al interés de demora.

DECIMOSEGUNDO.- Sobre la inscripción en el Registro

70.- La asociación de consumidores apelada ejercitó la acción de cesación prevista en el art. 53 LGDCU, pero cita en el fundamento jurídico VIII, que rubrica “fondo”, los arts. 12 y ss de la Ley Condiciones Generales de la Contratación. La relación de ésta con el texto refundido LGDCU que aprueba el RDL 1/2007 se pone de manifiesto en la previsión de imprescriptibilidad de esta clase de acción contenida en el art. 56 LGDCU, que remite al art. 19 LCGC.

71.- Debe hacerse esta precisión porque aunque no se solicite por la demandante, existe el imperativo legal de inscripción en el Registro de Condiciones Generales de Contratación que previene el art. 11 LCGC. Ordena el art. 11.4 LCGC que la inscripción de “*las ejecutorias en que se recojan sentencias firmes estimatorias de cualquiera de las acciones a que se refiere el apartado anterior*”, que menciona las acciones de cesación, retractación y declarativa. En sentido semejante se pronuncia el art. 22 LCGC.

72.- En consecuencia, el fallo debe ser complementado de oficio, con el fin de que se inscriba en el citado registro la sentencia de instancia una vez firme, dando cumplimiento a las exigencias de la jurisprudencia que recogen, entre otras, las STJUE 30 mayo 2013, C-488/11, caso Asbeek Brusse, como ordena la STC 235/2015, de 5 de noviembre.

DECIMOTERCERO.- Depósito para recurrir

73.- Puesto que así lo dispone la Disposición Adicional 15ª.9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), se decreta la pérdida del depósito que se consignó para recurrir en apelación.

NOVENO.- Costas

74.- Conforme al art. 398.1 LEC, en relación con el art. 394.1, las costas del recurso de apelación se abonarán por el apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

F A L L A M O S

1.- DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por la Procuradora de los Tribunales D. JESÚS Mª DE LAS HERAS MIGUEL, en nombre y representación de

KUTXABANK S.A., frente a la sentencia de 17 de junio de 2016 (ROJ: SJPI 196/2016), dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz en el Juicio Verbal nº 3/2016, que se mantiene en idénticos términos aunque añadiendo que una vez firme, la sentencia se inscribirá en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

2.- DECRETAR la pérdida para el apelante del depósito consignado para recurrir, que se ingresará en la cuenta de recursos desestimados.

3.- CONDENAR a KUTXABANK S.A. al abono de las costas del recurso de apelación).

MODO DE IMPUGNACION: Frente a la presente resolución cabe interponer recurso de casación por interés casacional así como recurso extraordinario por infracción procesal caso de haber el anterior, por escrito, en el caso de ambos en uno mismo, ante esta Audiencia Provincial y dentro del plazo de VEINTE DÍAS desde el día siguiente a la notificación de aquella, correspondiendo su conocimiento a la Sala Primera del Tribunal Supremo (art. 479 LEC).

Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros por cada uno de ellos, sin cuyo requisito no serán admitidos a trámite. Los depósitos se constituirán consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el Banco de Santander con el número 0008.0000 seguido de la clave 06 (casación) y nº del procedimiento, y / o 0008.0000 seguido de la clave 04 (ext. por infracción procesal) y nº de procedimiento, consignaciones que deberán ser acreditadas al interponer el/los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Con certificación de esta resolución y carta orden remítase los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Presidenta y los Ilmos. Srs. Magistrados que la firman y leída por el Sr. Ponente en el mismo día de su fecha, lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia certifico.