

Roj: **SAP GC 717/2021 - ECLI:ES:APGC:2021:717**

Id Cendoj: **35016370042021100398**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **4**

Fecha: **21/04/2021**

Nº de Recurso: **204/2020**

Nº de Resolución: **435/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JESUS ANGEL SUAREZ RAMOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

Sección: SR

SECCIÓN CUARTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

C/ Málaga nº 2 (Torre 3 - Planta 4<sup>a</sup>)

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 42 99 00

Fax.: 928 42 97 74

Email: s04audprov.ipa@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000204/2020

NIG: 3501642120180020680

Resolución: Sentencia 000435/2021

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0003668/2018-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria

Demandante: Joaquín ; Abogado: CATAYSA DEL PINO REYES QUINTANA; Procurador: BEATRIZ DEL CARMEN RAMIREZ VAZQUEZ

Apelado: Araceli ; Abogado: CATAYSA DEL PINO REYES QUINTANA; Procurador: BEATRIZ DEL CARMEN RAMIREZ VAZQUEZ

Apelante: BANCO SANTANDER SA.; Abogado: FRANCISCO JOSE JIMENO GONZALEZ; Procurador: FRANCISCO JAVIER PEREZ ALMEIDA

?

### **SENTENCIA**

Ilmos./as Sres./as

SALA Presidente

D./D<sup>a</sup>. JUAN JOSÉ COBO PLANA

Magistrados

D./D<sup>a</sup>. MARÍA ELENA CORRAL LOSADA

D./D<sup>a</sup>. JESÚS ÁNGEL SUÁREZ RAMOS (Ponente)



?

En Las Palmas de Gran Canaria, a 21 de abril de 2021.

La AUDIENCIA PROVINCIAL, SECCIÓN CUARTA, ha visto el Recurso de Apelación 204/20 interpuesto contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA nº 6 DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA de 22 de noviembre de 2019 en el Juicio Ordinario 3.668/18.

Apelante-demandado: BANCO SANTANDER, S.A., representado por el procurador don Francisco Javier Pérez Almeida y defendido por el letrado don Francisco José Jimeno González.

Apelado-demandante: doña Araceli y don Joaquín, representados por el procurador doña Beatriz del Carmen Ramírez Vázquez y defendidos por el letrado doña Cataysa del Pino Reyes Quintana.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. La Sentencia de Primera Instancia

El fallo de la sentencia dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA nº 6 DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA de 22 de noviembre de 2019 en el Juicio Ordinario 3.668/18 dice: "Que ESTIMANDO COMO ESTIMO parcialmente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Doña Beatriz del Carmen Ramírez Vázquez, en nombre y representación de Doña Araceli y Don Joaquín, contra la entidad BANCO SANTANDER, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Don Francisco Javier Pérez Almeida, debo DECLARAR y DECLARO la nulidad de las siguientes cláusulas contenida en las escrituras de préstamo hipotecario concertadas entre las partes en fecha 14 de septiembre de 2004 y 7 de mayo de 2007:

- La que fija el interés de demora, para el caso que la parte prestataria incurra en mora el capital pendiente de amortizar seguirá devengando el interés remuneratorio fijado en el contrato.
- La cláusula de gastos, y como consecuencia de ello, condeno a la entidad demandada a restituir a la demandante la suma de NOVECIENTOS NOVENTA EUROS CON TREINTA Y DOS (990,32 euros), más intereses legales a tenor de lo indicado en el Fundamento de Derecho séptimo de la presente Resolución.
- La estipulación que establece una comisión por reclamación posiciones deudoras vencidas.

Con relación a las costas procesales, cada parte abonará las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad".

### SEGUNDO. Recurso de apelación

BANCO SANTANDER, S.A.. interpuso recurso de apelación el 23 de diciembre de 2019.

### TERCERO. Oposición

Doña Araceli y don Joaquín se opuso en escrito presentado el 10 de febrero de 2020.

### CUARTO. Vista, votación y fallo

Se señaló para estudio, votación y fallo el día 21 de abril de 2021. Se ha tramitado el presente recurso conforme a derecho. Es ponente de la sentencia el Ilmo. Sr. Don Jesús Ángel Suárez Ramos, que expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. La resolución impugnada y el recurso de apelación

1. Doña Araceli y don Joaquín ("El Cliente") firmó como prestatario con BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A. [hoy BANCO SANTANDER, S.A.] ("El Banco") la escritura de préstamo hipotecario de 14 de septiembre de 2004 y 7 de mayo de 2007. Interpone demanda solicitando la declaración de nulidad de la cláusula de reclamación de posiciones deudoras, entre otras.

La sentencia dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA nº 6 DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA de 22 de noviembre de 2019 en el Juicio Ordinario 3.668/18, en lo que aquí interesa:

(a) Declara la nulidad de la Comisión de posiciones deudoras.

(b) No impone las costas al Banco

2. Recurre en apelación el Banco. Para su mejor estudio, sus alegaciones se pueden resumir (sin seguir estrictamente el orden del escrito) en:



[1] Validez de la cláusula de comisión de reclamación de posiciones deudoras.

El Cliente se opone y pide la confirmación de la sentencia, que no ha impugnado.

3. La Sala reitera su criterio sobre la falta de cumplimiento, en estos casos, de los requisitos exigidos por la Jurisprudencia para la validez de la comisión de reclamación de posiciones deudoras, confirmando la resolución de instancia.

SEGUNDO. Comisión por recibo impagado o reclamación de posiciones deudoras

4. Está prevista en la escritura, Estipulación 4.4 (página 18) una comisión fija de 22,72€ por cada cantidad vencida o reclamada.

Eso es contrario a lo previsto en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias:

Artículo 89. Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato [...] 5. Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación.

Además se encuadra dentro de las cláusulas contempladas como abusivas en la DIRECTIVA 93/13/CEE DEL CONSEJO de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores

e) imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta;

5. "[P]ara 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 [...] 3.- 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 períodos 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. Tal como está redactada, tampoco identifica qué tipo de gestión se va a llevar a cabo (lo deja para un momento posterior), por lo que no cabe deducir que ello generará un gasto efectivo (no es igual requerir in situ al cliente que se persona en la oficina para otra gestión, que hacer una simple llamada de teléfono, que enviarle una carta por correo certificado con acuse de recibo o un burofax, o hacerle un requerimiento notarial) [...] 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, con infracción de lo previsto en los arts. 85.6 TRLGCU (indemnizaciones desproporcionadas) y 87.5 TRLGCU (cobro de servicios no prestados). 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 o que no ha habido gestión, o que no ha tenido el coste fijado en el contrato, o ambas circunstancias. Lo que también podría incurrir en la prohibición prevista en el art. 88.2 TRLGCU", Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 25 de octubre de 2019, Sentencia: 566/2019 Recurso: 725/2017.

TERCERO. Costas y depósito

6. Las costas de la apelación desestimada, por imperativo del artículo 398, se impondrán a la parte recurrente.

7. Procede acordar la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15<sup>a</sup>, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey

## FALLAMOS

I. Desestimar el recurso de apelación interpuesto por BANCO SANTANDER, S.A., confirmando la sentencia dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA nº 6 DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA de 22 de noviembre de 2019 en el Juicio Ordinario 3.668/18.

II. Condenar al apelante al pago de las costas de su recurso, con pérdida del depósito constituido.

Contra esta sentencia podrán las partes legitimadas interponer recurso extraordinario por infracción procesal, en los casos del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; o el recurso de casación, en los del artículo 477. El recurso se interpondrá ante este Tribunal en el plazo de 20 días desde el siguiente a su notificación, y será resuelto por la Sala Civil del Tribunal Supremo, conforme a la Disposición Final decimosexta.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.