



Roj: **SAP LE 925/2023 - ECLI:ES:APLE:2023:925**

Id Cendoj: **24089370012023100416**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **León**

Sección: **1**

Fecha: **17/07/2023**

Nº de Recurso: **219/2023**

Nº de Resolución: **417/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA TERESA CUENA BOY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**LEON**

SENTENCIA: 00417/2023

Modelo: N10250

C/ EL CID, NÚM. 20 // TFNO. S.C.O.P. 987 29 68 13 Y 987 29 68 15

**UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO**

**Teléfono:** TFNO UPAD 987 233135 **Fax:** 987 23 33 52

**Correo electrónico:** audiencia.s1.leon@justicia.es

Equipo/usuario: YFD

**N.I.G.** 24089 42 1 2021 0010949

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000219 /2023**

**Juzgado de procedencia:** JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.7 de LEON

**Procedimiento de origen:** OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0003617 /2021

Recurrente: BANCO SANTANDER S.A.

Procurador: MARIANO MUÑIZ SANCHEZ

Abogado: MANUEL MUÑOZ GARCIA-LIÑAN

Recurrido: Eleuterio

Procurador: ANDRES CUEVAS GOMEZ

Abogado: ARTURO SUAREZ BARCENA BOMBIN

**SENTE NCIA nº 417/23**

**Ilma. /os. Sra. /es:**

**D.ª Ana del Ser López. - Presidenta**

**D. Ricardo López Rodríguez. - Magistrado**

**D. Ángel González Carvajal. - Magistrado**

**D.ª María Teresa Cuena Boy. - Magistrada**

En León, a 17 de julio de 2023.



**VISTO** ante el Tribunal de la **Sección Primera** de la Audiencia Provincial de esta ciudad, el **recurso de apelación civil núm. 219/2023**, en el que han sido partes: **BANCO SANTANDER, S.A.** representado por el Procurador D. Mariano Muñiz Sánchez con defensa letrada de D. Manuel Muñoz García-Liñán, como **APELA NTE**, y D. Eleuterio, representado por el Procurador D. Andrés Cuevas Gómez y bajo la dirección del Letrado Don Arturo Suárez Bárcena Bombín, como **APELA DA**. Interviene como Ponente del Tribunal D.<sup>a</sup> María Teresa Cuenca Boy.

## I. ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Que por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de León, se dictó sentencia en fecha 22 de febrero de 2023, en los autos de Procedimiento Ordinario 3617/2021, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

*"Que **ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE** la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Don Andrés Cuevas Gómez, en nombre y representación de D. Eleuterio, contra **BANCO SANTANDER S.A.**, con los siguientes pronunciamientos:*

*1º.- Se declara la nulidad de la condición general de la contratación establecida en la cláusula DECIMA de la escritura de préstamo hipotecario descrita en el Fundamento de Derecho primero de esta resolución, denominada COMISIONES cuando establece:*

*"El banco percibirá, por el concepto de reclamación de posiciones deudoras vencidas (cuotas vencidas e impagadas), la cantidad de 30 euros, a satisfacer por la parte prestataria, que se devengará, liquidará y deberá ser pagada por una sola vez, por cada cantidad vencida o reclamada.."*

*2) Se declara la nulidad de las condiciones generales de la contratación establecidas en la cláusula financiera TERCERA de la escritura de préstamo hipotecario descrita en el Fundamento de Derecho primero de esta resolución, en lo referente a los siguientes extremos:*

*"Todos los gastos (...) derivados de ésta escritura serán de cuenta de la parte compradora".*

*Y en consecuencia condene a la entidad demandada a abonar a la parte demandante las sumas correspondientes a la mitad de los gastos de notaría, y totalidad de registro, ocasionados por la operación hipotecaria, conforme al criterio de las SSTs de 23 de enero de 2019, de 20 octubre de 2020 y 17 de enero de 2021, que ascienden a 457,21 euros, con sus intereses legales desde la fecha de abono.*

*3) Todo ello con imposición de costas procesales a la entidad demandada."*

**SEGUNDO.-** ;Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la demandada. Admitido a trámite el recurso interpuesto, se dio traslado a la parte contraria que presentó escrito de oposición al mismo. Se sustanció el recurso con remisión de las actuaciones a esta Audiencia Provincial, ante la que se personaron las partes en legal forma y en el plazo concedido al efecto, designándose ponente a la Ilma. Sra. Magistrada D.<sup>a</sup> María Teresa Cuenca Boy.

**TERCERO.-** Recibidos los autos en la Unidad Procesal de Apoyo Directo de este tribunal se señaló para deliberación, votación y fallo el día 13 de julio de 2023.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Delimitación del objeto de debate en la Segunda Instancia.**

1.- Se interpone una acción individual de nulidad de la cláusula de gastos del préstamo hipotecario en su que se subroga la parte actora y que también se nova o modifica en el mismo acto y también se pretende la nulidad de la cláusula de comisión por reclamación de posiciones deudoras. La sentencia recurrida declara la nulidad de ambas cláusulas, con expresa imposición de costas.

2.- La recurrente impugna la Sentencia alegando la falta de legitimación pasiva al no ser parte en la cláusula y que se trata de contratos en los que el prestatario es el verdadero interesado en la operación de compraventa con subrogación. Además, impugna el pronunciamiento de la sentencia de nulidad de la cláusula de comisión por reclamación de posiciones deudoras.

### **SEGUNDO.- Legitimación pasiva. Novación y subrogación. Interés en la operación.**

3.- Como se recoge en la Sentencia núm. 743/22 de esta Sala: "3.- Con independencia de lo alegado por la entidad recurrente en cuanto a su plena desvinculación con la incorporación al contrato de la precitada cláusula cuya nulidad se declara en Instancia, no es menos cierto el hecho de que nos encontramos ante un supuesto de novación y no en una mera subrogación de préstamo hipotecaria. La naturaleza del contrato es de tipo novatorio en tanto la variación del prestatario deriva de una modificación consensuada y negociada del propio contrato. En



estos casos, al igual de lo que acontece en la contratación de un préstamo hipotecario, cualquier cláusula que se imponga al prestatario ha de adecuarse al control de abusividad previsto en los artículos 82 y siguientes del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al tratarse de estipulaciones incorporadas de forma predispuesta a un contrato de adhesión no negociado individualmente, por lo que resulta irrelevante si es el prestamista quien solicita la modificación, pues la intervención de la entidad bancaria es patente.

4.- La entidad apelante está pasivamente legitimada para sufrir la declaración de nulidad de dicha cláusula de gastos, pues es única y afecta también a los dos negocios en los que intervino (tanto en la subrogación, como en la novación), por lo que no puede pretender exonerarse de responsabilidad.

5.- En este sentido se pronuncia recientemente el Tribunal Supremo en la Sentencia de 3 de mayo de 2022 (ROJ: STS 1794/2022- ECLI:ES:TS:2022:1794) en la que estima el recurso de casación frente a una sentencia dictada por esta misma Audiencia Provincial en la que se declaraba la falta de legitimación pasiva de la entidad bancaria en una escritura de compraventa y subrogación. Afirma el TS la diferencia con las reclamaciones examinadas en las sentencias 303/2020, de 15 de junio, y 314/2020, de 17 de junio, pues en aquellos pleitos, se reclamaba la nulidad de la estipulación contenida en el contrato de compraventa y subrogación en el que, de modo patente, no había intervenido la entidad financiera y por ello se deducía su ausencia de legitimación. En este caso la entidad financiera interviene en el contrato de novación en el que se modifican cláusulas financieras, de modo que su legitimación es evidente. Los motivos de recurso deben ser desestimados."

2.- Y en el caso analizado en este recurso, del examen de las actuaciones resulta que en escritura otorgada en fecha 21 de mayo de 2009, comparecen, además del representante de la entidad vendedora del inmueble de que se trata, y del comprador, representantes de la entidad bancaria con facultades para aceptar la subrogación en hipoteca, ampliación de importe y novación del préstamo hipotecario que se formaliza en la citada escritura y la operación que se documenta responde tanto a una compraventa, como a la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario como a la modificación de este último, ampliando su importe, modificando su vencimiento, el tipo de interés, se concretan las comisiones etc. En la cláusula Quinta del contrato relativa a la ampliación del importe inicial del préstamo, se recoge expresamente la aceptación de la subrogación por parte de la entidad apelante y se procede posteriormente a la novación del préstamo hipotecario. En consecuencia, en este caso en la compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario compareció el Banco no sólo para aceptar la subrogación, sino para introducir además ciertos pactos novatorios, de modo que nos encontramos ante el segundo de los supuestos referidos, por lo que resulta aplicable lo señalado en la sentencia antes citada

3.- Y aunque lo razonado basta para rechazar el segundo motivo de impugnación planteado en el recurso, lo cierto es que no cabe sostener la validez de la cláusula de gastos afirmando que el verdadero interesado en la operación es el prestatario.

4.- En relación con lo anterior, cabe citar aquí la Sentencia núm. 202/23, de 14 de marzo, de esta misma Sala en la que se afirma al respecto lo siguiente: "...en el supuesto enjuiciado de novación modificativa de las condiciones financieras del préstamo hipotecario (se amplía el capital, el plazo de amortización, se modifican los intereses, y se establecen comisiones), no puede considerarse realizada en el exclusivo interés de la prestataria, pues la misma se enmarca dentro del propio negocio bancario de la entidad apelante, que consiste entre otras operaciones de activo, en la concesión de préstamos a título onerosos, de modo que no puede calificarse de ajeno al interés del banco prestamista en su concertación, que obtiene el correspondiente beneficio con la modificación de las condiciones anteriores."

5.- Este criterio es plenamente aplicable al supuesto de autos y lleva, en unión de lo razonado en párrafos precedentes, a la desestimación del recurso de apelación interpuesto en relación con la cláusula de gastos impugnada (nulidad que obviamente no se refiere a los gastos derivados de la compraventa y que además no se reclaman por la parte actora).

### **TERCERO.- Nulidad de la cláusula relativa a la comisión por reclamación de Posiciones deudoras.**

1.- Discute la parte apelante la nulidad que la sentencia declara respecto de la cláusula del contrato relativa a la comisión por reclamación de posiciones deudoras. En concreto, en el contrato se establece que: El banco percibirá, por el concepto de reclamación de posiciones deudoras vencidas (cuotas vencidas e impagadas), la cantidad de 30 euros, a satisfacer por la parte prestataria, que se devengará, liquidará y deberá ser pagada por una sola vez, por cada cantidad vencida o reclamada."

2.- Señala la Sentencia núm. 184/23, de 6 de marzo de 2023, de esta misma Audiencia y Sección:

11.- En la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2019, recuerda los siguientes extremos: "La normativa bancaria sobre comisiones está constituida, básicamente, por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, por 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. 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".

12.- Según el Banco de España (Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2009), la comisión por reclamación de posiciones deudoras compensa a la entidad por las gestiones efectivas realizadas para recuperar la deuda impagada por su cliente; debe estar recogida en el contrato; y para que sea acorde con las buenas prácticas bancarias debe reunir los siguientes requisitos mínimos:

(i) el devengo de la comisión está vinculado a la existencia de gestiones efectivas de reclamación realizadas ante el cliente deudor;

(ii) la comisión no puede reiterarse en la reclamación de un mismo saldo por gestiones adicionales realizadas por la entidad con el mismo fin, 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;

(iv) no puede aplicarse de manera automática.

13.- Contrastando la cláusula controvertida con las exigencias referidas, se comprueba que, como mínimo, no reúne dos de los requisitos, pues prevé que podrá reiterarse y se plantea como una reclamación automática. Además, no discrimina periodos de mora, de modo que basta la ineffectividad de la cuota en la fecha de pago prevista para que, además de los intereses moratorios, se produzca el devengo de una comisión. 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.

14.- En la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17, Gyula Kiss), el Tribunal ha declarado que, aunque el prestamista no está obligado a precisar en el contrato la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en una o varias cláusulas contractuales: "No obstante, habida cuenta de la protección que la Directiva 93/13 pretende conceder al consumidor por el hecho de encontrarse en una situación de inferioridad con respecto al profesional, tanto en lo que respecta a la capacidad de negociación como al nivel de información, es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que aquellos retribuyen". A su vez, la STJUE de 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/13, Matei), referida - entre otras- a una denominada "comisión de riesgo", declaró que una cláusula que permite, sin contrapartida, la retribución del simple riesgo del préstamo, que ya está cubierto por las consecuencias legales y contractuales del impago, puede resultar abusiva.

15.- 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."

3.- En el supuesto de autos la cláusula denunciada no se ajusta a los anteriores requerimientos, pues se prevé su devengo de forma automática y no discrimina periodos de mora, de modo que el impago de una cuota puede provocar, además del devengo de intereses moratorios, el de la propia comisión que se analiza. Además, como señala la Sentencia 641/2022 de esta misma Sala en relación con una cláusula similar: "En el supuesto de autos la cláusula denunciada no se ajusta a los anteriores requerimientos, puede forma absolutamente genérica expresa que la comisión "se devengará, liquidará y deberá ser pagada por una sola vez, por cada cantidad vencida o impagada", lo que supone que cada reclamación, que habría de producirse no por cada impago, daría lugar al devengo de la comisión, por lo que de la misma manera que en el supuesto analizado en la sentencia del Tribunal Supremo antes transcrita, faculta a la prestamista para realizar gestiones innecesarias sin justificación alguna con cada nueva posición deudora, y a provocar con ello el devengo de la comisión con independencia del tipo



*de gestión se va a llevar a cabo, por lo que no cabe 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 - SAP León de 27 de septiembre de 2022-.*

4.- En definitiva, se establece un precio fijo por reclamación con independencia del acto de gestión que se realice y ello atenta contra el principio de equilibrio causando el desequilibrio al que se refiere el artículo 82. 1 TRLGCU que como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 9 de marzo de 2023, es un déficit jurídico y por tanto, referido a derechos y obligaciones y no al contenido económico del contrato.

5.- Además, no es admisible afirmar, como lo hace la demandada, que con el contrato de subcontratación de gestión de servicios de recobro queda probado que la entidad financiera realiza un desembolso para que se realicen tales gestiones y, en consecuencia, la comisión se devenga, en su caso, por la realización de actuaciones encaminadas a recibir el pago. No cabe hablar de forma genérica de los costes de recuperación con apoyo en un contrato suscrito con la empresa REITENGRA pues como se afirma en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias antes citada, la procedencia de llevar a cabo la reclamación de dicha comisión se justifica bajo el principio de la buena fe y en la realización de gestiones individualizadas de recuperación. En el contrato aludido no se establece un concreto importe por cada tipo de gestión de cobro y por lo tanto no puede precisarse siquiera si el precio a satisfacer por cada una de tales gestiones, en caso de realizarse, se corresponde con el importe de la comisión de posiciones deudoras declarada nula por la sentencia apelada y en el contrato tampoco se contemplan gestiones individualizadas en relación con el préstamo objeto de estos autos. Y, en fin, tampoco el informe pericial aportado con la contestación a la demanda maneja datos específicos del concreto supuesto aquí analizado y por lo tanto carece de relevancia alguna en este caso.

6.- Por último, la circunstancia de que la comisión no se haya aplicado hasta el momento no es obstáculo que impida su declaración de nulidad por abusiva. En este sentido, la jurisprudencia del TJUE ha declarado que las cláusulas contractuales pertinentes deben considerarse abusivas independientemente de si se han aplicado o no (Auto de 11 de junio de 2015 Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-602/13 y Sentencia de 26 de enero de 2017, C-421/2014 Banco Primus), que a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter abusivo -en el sentido del artículo 3, apartado 1 de dicha Directiva- de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

7.- En este mismo sentido, la Sentencia 25/22, de 14 de enero de 2022, de esta misma Audiencia y Sección, en la que se afirma que es *intrascendente a efectos de declarar la nulidad que la cláusula haya sido o no aplicada hasta el momento, o que la entidad bancaria efectivamente tenga suscrito un contrato con una empresa de recobros a estos fines; constandingo no obstante, que el plazo de amortización del préstamo vence el 31 de julio de 2028 por lo que se hubiera o no aplicado hasta la fecha puede hacerse en el futuro*. En el caso que se analiza en esta resolución el plazo del préstamo vence el 21 de mayo de 2049. Por todo ello se comparte en esta resolución el criterio de instancia, lo que lleva a la desestimación del motivo analizado y del recurso interpuesto.

#### CUARTO.- COSTAS

1.- Al desestimarse el recurso de apelación las costas causadas se imponen a la parte recurrente por aplicación del artículo 398.1 LEC.

Visto s los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

#### III.- FALLAMOS

**SE DESESTIMA** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANCO SANTADER S.A., contra la sentencia de fecha 22 de febrero de 2022, dictada en los autos de procedimiento ordinario nº 3617/2021, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de León, que **se CONFIRMA**, con expresa condena a la parte apelante al pago de las costas generadas por el recurso de apelación interpuesto.

Se declara la pérdida del depósito que se haya constituido para apelar, al que se dará el destino legalmente previsto.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de casación ante este tribunal, únicamente por la vía de interés casacional y en el mismo escrito, recurso extraordinario por infracción procesal, a presentar en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Notifíquese esta resolución a las partes y remítanse las actuaciones al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento para continuar con su sustanciación.



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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ