



Roj: **STS 5765/2025 - ECLI:ES:TS:2025:5765**

Id Cendoj: **28079110012025101848**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/12/2025**

Nº de Recurso: **7016/2021**

Nº de Resolución: **1875/2025**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **NURIA AUXILIADORA ORELLANA CANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1.875/2025

Fecha de sentencia: 17/12/2025

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 7016/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/11/2025

Ponente: Excm. Sra. D.^a Nuria Auxiliadora Orellana Cano

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SECCIÓN 14.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Fernando Javier Navalón Romero

Transcrito por: MBG

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 7016/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a Nuria Auxiliadora Orellana Cano

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Fernando Javier Navalón Romero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1875/2025

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Ignacio Sancho Gargallo, presidente

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D.^a Nuria Auxiliadora Orellana Cano

D. Fernando Cerdá Alberó

En Madrid, a 17 de diciembre de 2025.

Esta Sala ha visto los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación respecto de la sentencia de fecha 15 de junio de 2021 dictada en grado de apelación por la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de los autos de juicio ordinario n.º 232/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Fuenlabrada, sobre reclamación de cantidad.

Es parte recurrente Áreas Reyes, S.L., representada por el procurador D. Jorge Deleito García y bajo la dirección letrada de D. Juan Carlos Tirado de la Chica.

Es parte recurrida Banco Santander, S.A., representado por el procurador D. Ignacio Rodríguez Díez y bajo la dirección letrada de D. Fernando Castedo Álvarez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Nuria Auxiliadora Orellana Cano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.-El procurador D. Manuel Pastor Toril, en nombre y representación de la mercantil Áreas Reyes, S.L., interpuso una demanda de juicio ordinario contra la entidad Banco Popular Español, S.A., hoy Banco Santander S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que estimando íntegramente la demanda, declare la nulidad de las comisiones por exceso de descubierto y descubierto liquidadas al 4,5%, y condene a la entidad demandada a restituir o pagar a Áreas Reyes, S.L. la cantidad de ciento sesenta y seis mil trescientos cincuenta y dos euros con noventa y ocho céntimos (166.352,98 E) en concepto de comisiones de exceso de descubierto y descubierto cargadas en las cuentas núm. 0075 0272 07 0500083062, 0075 0272 06 0500060133, 0075 0272 07 0500068850 y 0075 0272 04 0600329165 más el interés legal del dinero desde la fecha de cada uno de los cargos para el cobro de dichas comisiones hasta la fecha de la Sentencia que recaiga, con imposición de costas a la demandada».

2.-La demanda fue presentada el 28 de febrero de 2020, y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Fuenlabrada, y fue registrada con el núm. 232/2020. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.-El procurador D. Ignacio Rodríguez Díez, en representación de Banco Santander, S.A., contestó la demanda, y solicitó su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.-Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Fuenlabrada dictó la sentencia núm. 124/2020, de 30 de septiembre, con el siguiente fallo:

«Estimo la demanda interpuesta por el procurador Sr. Pastor Toril en nombre y representación de Áreas Reyes, S.L. frente a Banco Santander, S.A. con los siguientes pronunciamientos: 1.- Declaro la nulidad de las comisiones por exceso de descubierto y descubierto liquidadas al 4,5 %. 2.- Condono a la entidad demandada a restituir o pagar a Áreas Reyes, S.L. la cantidad de ciento sesenta y seis mil trescientos cincuenta y dos euros con noventa y ocho céntimos (166.352,98) en concepto de comisiones de exceso de descubierto y descubierto cargadas en las cuentas números: 0075 0272 07 0500083062, 0075 0272 06 0500060133, 0075 0272 07 0500068850 y 0075 0272 04 0600329165, más el interés legal del dinero desde la fecha de cada uno de los cargos para el cobro de dichas comisiones hasta la fecha de la sentencia. Se condena en costas a la parte demandada».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.-La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Santander, S.A. La representación de la mercantil Áreas Reyes, S.L., se opuso al recurso.

2.-La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el n.º 712/2020, y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia el 15 de junio de 2021, cuyo fallo dispone:

«Que estimando en su integridad el recurso de apelación formulado por Banco de Santander S.A., que viene representada ante esta Audiencia Provincial por el procurador don Ignacio Rodríguez Díez, contra la sentencia dictada el día 30 de septiembre de 2020 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Fuenlabrada en los autos de juicio ordinario registrados con el núm. 232/2020, debemos revocar y revocamos la misma, y, en consecuencia, absolvemos al Banco de Santander de todas las pretensiones ejercitadas contra el en este procedimiento por la sociedad de responsabilidad limitada Áreas Reyes, con expresa condena en las costas devengadas en primera instancia a la parte demandante.

»No se hace pronunciamiento alguno de las costas procesales causadas en esta segunda instancia».

TERCERO.- Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación

1.-El procurador D. Manuel Pastor Toril, en representación de la mercantil Áreas Reyes, S.L., interpuso un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Motivo 1º.- Al amparo del art 469.1. 4º LEC por Infracción del Art. 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y error patente en la valoración de la prueba documental constituida por las pólizas de crédito aportadas como Documentos núm. 1 y 2 con el escrito de la contestación a la demanda por la parte demandada».

«Motivo 2º.- Al amparo del art 469.1, 4º LEC por Infracción del Art. 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y error patente en la valoración de la prueba documental constituida por los 67 extractos bancarios aportados como Bloque Documental núm. 1 del escrito de demanda».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Motivo 1º.- Infracción del Art. 7 del Código civil en la modalidad de oposición a la doctrina del Tribunal Supremo en la STS núm. 243/2019, de 24 de abril y STS núm. 187/2015, de 7 de abril, así como en sentencias 352/2010, de 7 de junio, 299/2012, de 15 de junio, 163/2015, de 1 de abril, y 148/2017, de 2 de marzo en el ejercicio del derecho conforme a las exigencias de la buena fe».

«Motivo 2º.- Infracción del Art. 1.274 del Código Civil en la modalidad de oposición a la doctrina del Tribunal Supremo en STS de 15-7-2020, reiterativa de la de 13-3-2020 por la que está proscrito devengar intereses y comisiones simultáneamente por el mismo descubierto».

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 el auto de 17 de mayo de 2023, 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 6 de noviembre de 2025, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso

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

Áreas Reyes, S.L. (en adelante, Áreas Reyes), era titular de varias cuentas de crédito en Banco Popular Español, S.A.

En la cuenta número 00750272040600329165 -9165-, el banco le practicó liquidaciones por intereses moratorios al 29%, y por una comisión por exceso de descubierto del 4,50%, en el periodo comprendido entre el 31 de mayo y el 30 de noviembre de 2005. El importe de las comisiones de exceso de descubierto cargadas en la cuenta en ese periodo ascendió a 3.483,05 euros.

En la cuenta número 00750272070500068850 -8850-, el banco le practicó liquidaciones por intereses moratorios al 29%, y por una comisión de exceso de descubierto del 4,50%, en el periodo comprendido del 6 al 22 de diciembre de 2006. El importe de las comisiones por exceso de descubierto cargadas en la cuenta en ese periodo ascendió a 13.311,70 euros.

En la cuenta número 00750272060500060133 -0133-, el banco le practicó liquidaciones por intereses moratorios al 29%, y por una comisión por exceso de descubierto del 4,50%, en el periodo comprendido entre el 28 de octubre de 2006 y el 18 de marzo de 2010. El importe de las comisiones de exceso de descubierto cargadas en la cuenta en ese periodo ascendió a 49.299,51 euros.

En la cuenta número 00750272070500083062 -3062-, el banco le practicó liquidaciones por intereses moratorios al 29%, y por una comisión por exceso de descubierto del 4,50%, en el periodo comprendido entre el 17 de marzo de 2010 y el 18 de agosto de 2014. El importe de las comisiones de exceso de descubierto cargadas en la cuenta en ese periodo ascendió a 100.258,72 euros.

En esta póliza 3062 consta la siguiente cláusula:

«Comisión exceso 4,500% Periodicidad: Mensual. Mínimo 12 Euros. Este mínimo no se aplicará en excesos inferiores a 60 Euros».

2.-Áreas Reyes, S.L. interpuso una demanda de juicio ordinario frente a Banco Santander, S.A. (en adelante, Banco Santander), en la que ejercitaba una acción de nulidad por falta de consentimiento expreso y causa. Solicitaba que se declarase la nulidad de las comisiones por exceso de descubierto y descubierto, liquidadas al 4,5%, y se condenara a la entidad demandada a abonar a Áreas Reyes la cantidad de 166.352,98 euros, en concepto de comisiones de exceso de descubierto y descubierto, cargadas en las cuentas de crédito que titulaba números 0075 0272 07 0500083062, 0075 0272 06 0500060133, 0075 0272 07 0500068850 y 0075 0272 04 0600329165, más el interés legal del dinero desde la fecha de cada uno de los cargos.

3.-La demandada se opuso a la demanda. Alegó que la demandante no concretaba la cláusula que consideraba nula, y que las comisiones por exceso de disponibilidad liquidadas «son conformes al pacto y porcentaje convenido en los contratos de las cuentas -póliza de contrato de cuentas de crédito- y a las tarifas que rigen el mercado bancario aprobadas por el Banco de España». Opuso la excepción de caducidad de la acción de reclamación de cantidad. También alegó que los cargos en las cuentas por comisiones respondían a servicios efectivamente prestados, conforme a los pactos por exceso de disposición de cuenta que constaban en los contratos, y que resultaba improcedente la reclamación, transcurridos 15 años desde el primer cargo.

4.La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda. Consideró que el ejercicio de la acción no estaba sujeta a prescripción ni a caducidad, y aplicó para resolver el caso la sentencia de esta sala 431/2020, de 15 de julio, sobre la imposibilidad legal de duplicidad o solapamiento de gravamen mediante el devengo simultáneo de intereses de demora y de comisión de descubierto.

5.La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la parte demandada. La Audiencia estimó el recurso de apelación y desestimó la demanda. En primer lugar, advirtió sobre el hecho de que la parte demandante no hubiera intentado conseguir una copia de los contratos. En segundo lugar, analizó si la comisión por descubierto respondía a un servicio efectivo y realmente prestado por el banco al cliente. Tras citar la sentencia de esta sala 431/2020, de 15 de julio, estimó que los razonamientos de esta sentencia eran aplicables al «denominado "excedido tácito", contrato o póliza de crédito en el que el cliente se excede de la cantidad que le había sido concedida», que estimó que podía ser el caso, aunque entendía que nada podía «afirmar con seguridad ante la carencia de los contratos en los que se pactaron las comisiones». Añadió que no podía «aceptar la falta de causa, es decir que la comisión no responda un servicio realmente prestado». También rechazó por la falta de los documentos contractuales, la supuesta duplicidad del cobro de las comisiones con los intereses de demora. Por último, consideró que también procedía la desestimación de la demanda por la aplicación del art. 7.1 CC. Entendió que se entablaba la acción de nulidad por motivos formales cuando previamente había sido voluntariamente cumplido por la parte que la ejercitaba. Estimó que era aplicable al caso la solución de la sentencia de esta sala 353/2020, de 24 de junio, porque la parte demandante había actuado en contra de la buena fe al ir contra sus propios actos, por el tiempo transcurrido sin reclamar.

6.Áreas Reyes ha interpuesto frente a la sentencia de apelación un recurso extraordinario por infracción procesal articulado en dos motivos y un recurso de casación sobre la base de dos motivos.

SEGUNDO.- *Motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal.*

1.-Formulación del motivo. En el primer motivo se denuncia, al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, la infracción del art. 319 LEC y el error patente en la valoración de la prueba documental constituida por las pólizas de crédito aportadas como documentos números 1 y 2 con el escrito de la contestación a la demanda por la parte demandada. La sentencia recurrida niega que se aportaran los contratos o pólizas de crédito origen de los descubiertos, y ello constituye uno de los argumentos para desestimar la demanda.

En el desarrollo del motivo la recurrente argumenta que la parte demandada con el escrito de contestación a la demanda aportó las pólizas de crédito núm. 6253 y 6254, alegó que las comisiones por exceso de disponibilidad liquidadas eran conformes al pacto y al porcentaje convenido en los contratos, y transcribió las condiciones de liquidación de las pólizas. Añade que el importe de los intereses ordinarios, los intereses moratorios o de exceso de descubierto, y la comisión por exceso de descubierto, no se fijaron como hechos controvertidos. Por último, aduce que las pólizas aportadas de contrario ostentan la fuerza probatoria que le confiere el art. 319 del Código Civil.

2. Resolución del tribunal. Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

La sentencia recurrida parte de no haber sido aportados los contratos por la parte demandante a la que considera que le incumbía la prueba, lo que entiende le impide analizar si la comisión respondía a un servicio realmente prestado, si había sido conocida o aceptada por el cliente, o si hubo una duplicidad del cobro de las comisiones con los intereses de demora.

La parte recurrente funda el recurso en que los contratos fueron aportados con la contestación a la demanda por la parte demandada.

La parte demandada aportó con la contestación a la demanda dos pólizas de crédito. Una de ellas, de la cuenta 0075 0272 07 0500083062, que es una de las cuatro cuyas comisiones de exceso de descubierto se reclaman. La otra, de diversos titulares, aunque uno de ellos sea la parte demandante, no figura mencionada en la demanda.

Por tanto, el error solo vendría referido a la aportación de la póliza de una de las cuentas de crédito. En todo caso, este motivo carece de relevancia, porque la parte demandada no ha cuestionado que los contratos de crédito se celebraron y que las comisiones por exceso de descubierto respondían a pactos incluidos en los contratos. De hecho, según se infiere de la contestación a la demanda, aporta dos pólizas a título ejemplificativo, para demostrar que estos pactos de comisiones se incluían en los habituales contratos de cuenta de crédito que suscribía la demandante con el Banco.

TERCERO.- Motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal.

1.- Formulación del motivo. Se denuncia en este motivo al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, la infracción del art. 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y error patente en la valoración de la prueba documental constituida por los 67 extractos bancarios aportados como bloque documental núm. 1 del escrito de demanda.

La sentencia recurrida razona que, al no haber sido aportado los documentos contractuales, «(s)implemente conociendo que en la operación se han cobrado intereses de demora y comisiones, no podemos sacar ninguna conclusión favorable a los intereses de la parte actora».

Alega la recurrente que con el escrito de demanda aportó 67 extractos bancarios y cuatro tablas Excel con el sumatorio de intereses y comisiones por exceso de descubierto. Entiende que esta documental tiene el valor probatorio del art. 326 LEC.

2.- Decisión de la sala. Este motivo de recurso también se desestima.

El recurso por infracción procesal no puede convertirse en una tercera instancia. Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso de esta naturaleza, con fundamento en el art. 469.1.4.º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. En las sentencias de esta sala 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, 44/2015, de 17 de febrero, 303/2016, de 9 de mayo, 411/2016, de 17 de junio, 208/2019, de 5 de abril; 141/2021, de 15 de marzo; 59/2022, de 31 de enero; y 391/2022, de 10 de mayo (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia a estos efectos, dado que es necesario que concurran, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

No hay error patente ni arbitrariedad. La Audiencia Provincial valora de diversa forma a la pretendida por la parte recurrente la documental aportada por esta con la demanda. En todo caso, estamos ante una valoración jurídica.

CUARTO.- Recurso de casación.

1.- Alteración del orden de resolución de los motivos del recurso de casación.

Procede alterar el orden de análisis de los motivos del recurso de casación, y empezar por el segundo de ellos, en atención a que su resolución puede determinar o hacer innecesaria la resolución del primer motivo. La eventual estimación del motivo primero en el que se impugna uno de los argumentos de la sentencia recurrida para estimar la demanda -la infracción de la buena fe y de la doctrina de los actos propios- carecerá de efecto útil si estimamos el segundo motivo en el que se alega la falta de causa de la comisión por descubierto o excedido. Ello justifica que comencemos por el análisis del segundo motivo del recurso de casación.

2.- Formulación del motivo segundo del recurso de casación. Este motivo se funda en la infracción del art. 1274 del Código Civil «en la modalidad de oposición a la doctrina del Tribunal Supremo en STS de 15-7-2020,

reiterativa de la de 13-3-2020 por la que está proscrito devengar intereses y comisiones simultáneamente por el mismo descubierto».

En el desarrollo del motivo la recurrente alega que la sentencia de primera instancia estimó la demanda de conformidad con la jurisprudencia de esta sala plasmada en las sentencias que invoca. Entiende que para la Audiencia Provincial ha pasado inadvertido el solapamiento o duplicidad de la comisión por saldo excedido al 4,5% con la retribución que ya viene dada a favor de la entidad bancaria por los intereses de saldo excedido al 29 %, pese a las citadas sentencias de esta sala, conforme a las cuales, no cabe devengar simultáneamente intereses y comisiones por el mismo descubierto o saldo excedido.

3.- Decisión de la sala. No procede la duplicidad del devengo simultáneo para unas mismas cantidades de intereses de demora y de comisión por descubierto. Falta de causa de la comisión por descubierto.

Las sentencias de esta sala invocadas en este motivo de recurso (sentencias 176/2020, de 13 de marzo, y 431/2020, de 15 de julio) recogen la jurisprudencia sobre la cuestión suscitada, esto es: si la comisión por descubierto o excedido tiene causa, y si cabe cobrar por el descubierto, simultáneamente, los intereses de demora pactados y la comisión por exceso de descubierto en cuenta de crédito. La diferencia con el presente caso radica en que en aquellos el demandante era un consumidor, y en este caso es un profesional.

Este motivo de recurso va a estimarse por las razones que exponemos a continuación.

4.- La normativa bancaria sobre comisiones. El descubierto en cuenta.

Antes de 2011, la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 regulaba los tipos de interés y las comisiones bancarias en España. Establecía que las entidades de crédito podían fijar libremente sus comisiones, pero debían ser transparentes, publicadas en tarifas oficiales y comunicadas al cliente.

Su artículo segundo permitía a las entidades percibir las comisiones que tuvieran establecidas siempre que respondieran a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. Las tarifas de comisiones serían únicas para cada clase de operaciones y deberían estar registradas en el Banco de España y a disposición del público en todas las oficinas de la entidad.

Esta norma se completaba con la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

Actualmente, la normativa bancaria básica sobre comisiones está constituida por la Orden EHA/2899/2011, 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 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, el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera). El art. 2.3 del RDL 19/2018, de 23 de noviembre, deja a salvo lo previsto en la legislación sobre contratos de crédito al consumo, esto es, la Ley 16/2011, de 24 de junio.

El art. 3.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, dispone:

«Las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes.

»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».

Como advertimos en la sentencia 431/2020, de 15 de julio, conforme a esta normativa, para que las entidades puedan cobrar comisiones a sus clientes deben cumplirse dos requisitos: i) que retribuyan un servicio real prestado al cliente; y ii) 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.

El Banco de España, en el «Compendio de criterios de buenas prácticas bancarias» (junio de 2025), señala lo siguiente sobre la comisión por exceso sobre el límite de crédito:

«No podemos obviar que es habitual que las entidades permitan a sus clientes, circunstancialmente, efectuar operaciones por encima del límite de crédito, ya que esta decisión se enmarca en su política de riesgos. En este caso, la comisión por exceso sobre el límite viene a retribuir la facilidad crediticia que conceden las entidades al permitir a sus clientes superar el límite de crédito que les fue concedido».

Este servicio bancario, aunque referido al descubierto en cuenta corriente, había sido reconocido por la sentencia de esta sala 682/1994, de 11 de julio, que declaró lo siguiente:

«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"».

El art. 4.3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, que se refiere a los descubiertos o excedidos tácitos, establece:

«Las entidades que permitan descubiertos tácitos en las cuentas de depósito o excedidos tácitos en las de crédito deberán publicar, en la forma y con las indicaciones que establezca el Banco de España, las comisiones, tipos de interés o recargos aplicables a esos supuestos. Esos tipos serán de obligada aplicación a todas las operaciones de esa naturaleza que no tuvieran fijados contractualmente otros inferiores. En particular, las entidades harán constar separadamente los tipos aplicables a los descubiertos tácitos a los que se refiere el artículo 20 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo».

El art. 4 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, define el descubierto, el descubierto tácito y el excedido tácito, que responden a una misma finalidad: la facilidad crediticia. Aunque esta Ley no resulta de aplicación al caso porque el demandante no es consumidor, son ilustrativas las definiciones que contiene. Este precepto los define del siguiente modo:

«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 (...)» (art. 4.1).

«Se considera descubierto tácito aquel descubierto aceptado tácitamente mediante el cual un prestamista pone a disposición de un consumidor fondos que superen el saldo de la cuenta (...) o la posibilidad de descubierto convenida(...)» (art. 4.2 y art. 20).

«Se considera excedido tácito sobre los límites pactados en cuenta de crédito 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» (art. 4.3).

Como consta en la web del Banco de España, en el epígrafe «Tipos aplicados en descubiertos y excedidos tácitos», los bancos están obligados a aplicar en los descubiertos en cuentas corrientes o excedidos tácitos en las cuentas de crédito, como máximo los tipos que hayan publicado y comunicado al Banco de España. La normativa distingue entre descubiertos de consumidores y descubiertos del resto de los clientes. La principal característica de los descubiertos de consumidores es que, de conformidad con lo establecido en el artículo 20.4 de la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo, los intereses que por ellos se perciban, sumados a las comisiones bancarias, no pueden dar lugar a una TAE superior al interés legal del dinero multiplicado por 2,5, lo que no resulta aplicable al caso. Un excedido tácito se produce cuando en un crédito, se retira dinero por encima del límite máximo concedido por la entidad que, así, está concediendo más crédito del acordado inicialmente. En ese caso, si no hay otro tipo pactado para esos excesos, se aplican los tipos comunicados por cada entidad al Banco de España.

5.-La sentencia 431/2020, de 15 de julio, se refiere a la comisión por descubierto o excedido y a la duplicidad con los intereses de demora. Tras exponer la definición legal y su regulación, señala lo siguiente:

«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).

»(...)

»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.-La comisión por descubierto es distinta de la comisión por reclamación de posiciones deudoras (sentencia 566/2019, de 25 de octubre), pues retribuye servicios distintos. La Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2018 expone la diferencia entre 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)».

La sentencia 431/2020, de 15 de julio, distingue los intereses de demora de la comisión de descubierto en los siguientes términos:

«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 (...) 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 (...)

»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 proscribe 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)».

7.-En el presente caso, como resulta acreditado en la instancia, de las liquidaciones aportadas con la demanda, y de la póliza de una de las cuentas de crédito aportada por la demandada, se infiere la existencia del servicio de descubierto, el devengo de una comisión del 4,500% sobre el saldo mayor de exceso, y unos intereses de demora sobre el saldo excedido («exceso») del 29%, en los mismos periodos.

El servicio de descubierto, esto es, el servicio de concesión de facilidad crediticia en los términos que se han expuesto, ha sido real y efectivamente prestado durante un amplio periodo de tiempo (entre 2005 y 2014). La comisión se fijó en atención al importe de los descubiertos, dando por resultado cantidades fluctuantes en función de dichos excedidos durante los sucesivos periodos de liquidación. Por tanto, se trata de una comisión por concesión del excedido calculada sobre el mayor excedido.

Ahora bien, el presente caso presenta una diferencia con el resuelto en la sentencia de esta sala 431/2020, de 15 de julio, porque en este, los intereses de demora se cobraban sobre el «exceso», por lo que habría una duplicidad proscrita de cobro de comisiones y de intereses de demora por el mismo servicio de descubierto. Como hemos advertido en esta sentencia, las cantidades en las que se concreta la concesión del 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 excedido tácito, el devengo de intereses moratorios. Podrán devengar los intereses ordinarios pactados por el importe del crédito dispuesto, y una comisión por exceso de descubierto, pero si la entidad financiera ya cobra el interés de demora pactado sobre el exceso, no puede, a su vez, cobrar una comisión sobre el mayor saldo descubierto, porque se está retribuyendo bajo dos conceptos distintos un mismo servicio.

De las liquidaciones resulta que la entidad financiera cobraba el interés del 29% sobre el saldo excedido, y a la vez, la comisión del 4,5% sobre el descubierto mayor, por el mismo descubierto.

Por tanto, si la entidad financiera cobró intereses de demora por el excedido tácito, no puede cobrar, a su vez, una comisión sobre el saldo mayor del exceso en el mismo periodo, porque estamos ante un mismo servicio, aunque tengan distinta finalidad.

Por ello, se ha producido la duplicidad proscrita del devengo simultáneo y para unas mismas cantidades de intereses de demora y de comisión por excedido tácito. No existe causa para el cobro de la comisión, porque un mismo servicio se está retribuyendo dos veces. En este caso, la comisión por excedido tácito en cuenta de crédito no retribuye un servicio efectivo distinto al que retribuyen los intereses de demora.

8.-Por lo expuesto, procede estimar el recurso de casación, casar la sentencia recurrida, asumir la instancia, y desestimar el recurso de apelación.

QUINTO. Costas y depósitos.

1.-La estimación del recurso de casación conlleva que no proceda hacer una expresa imposición de las costas causadas por dicho recurso, según determina el art. 398.2 LEC.

2.-No estimamos procedente hacer una expresa imposición de las costas del recurso por infracción procesal.

3.-Se imponen las costas del recurso de apelación a la parte apelante.



4.-Acordamos la devolución del depósito constituido para interponer el recurso de casación y la pérdida de los depósitos constituidos para el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de apelación.

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 por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuestos por Áreas Reyes S.L., contra la sentencia de 15 de junio de 2021, dictada por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 712/2020.

2.º Casar la expresada sentencia y, en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Banco Santander, S.A., contra la sentencia núm. 124/2020, de 30 de septiembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Fuenlabrada, que se confirma.

3.º No imponer las costas del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal, e imponer las costas del recurso de apelación a la parte apelante.

4.º Acordar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación y la pérdida de los constituidos para el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de apelación.

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.