Farewell a la comisión por mantenimiento de posición deudora

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

El Tribunal Supremo declara la abusividad de la una cláusula bancaria por mantenimiento de posición deudora. No queda claro si la cláusula hubiera podido sobrevivir en circunstancias de hecho distintas de las del caso enjuiciado.

Una asociación de consumidores ejerció una acción colectiva de cesación contra Kutxabank S. A. instando la nulidad por abusiva de la cláusula de reclamación de posiciones deudoras al considerar que vulneraba los artículos 1 y siguientes de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y los artículos 82, 83, 85, 86,87, 88 y 89 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU).

La cláusula rezaba así:

Comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas o descubiertos. 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 descubiertos que se liquidará en cuenta, siendo el importe de la misma 30 euros.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Las normas que reglamentaban el cobro de comisiones bancarias al tiempo del contrato eran la Orden 2899/2011, de 28 de octubre; la Circular 5/2012 del Banco de España, de 27 de junio, y la Orden 1608/2010, de 14 de junio. Según ello, para que puedan cargarse comisiones a los clientes, deben cumplirse dos requisitos: a) que retribuyan un servicio realmente prestado y b) que los gastos del servicio se hayan producido de hecho. Concurriendo los anteriores requisitos, se podrán cobrar comisiones si estos servicios han sido solicitados o aceptados por los clientes tras haber sido informados de ellos y de sus costes. Adicionalmente, el Tribunal Supremo recoge los requisitos señalados por el Banco de España en su *Memoria del Servicio de Reclamaciones* del año 2009 para que su cobro sea acorde con las buenas prácticas bancarias. En concreto: 1) que el devengo de la comisión esté vinculado a la existencia de gestiones efectivas de reclamación realizadas ante el cliente deudor; 2) que la comisión no pueda reiterarse en la reclamación de un mismo saldo, ni siquiera cuando éste se prolongue en sucesivas liquidaciones; 3) que su cuantía sea única, no admitiéndose tarifas porcentuales relacionadas con el importe del impago; 4) que no pueda aplicarse de manera automática.

En este sentido, declara el Tribunal Supremo que la cláusula incumple dos de estos requisitos: a) permite su cobro automático tras la producción del impago y b) permite su cobro reiterado por el mismo impago mantenido en distintas liquidaciones, pues ni tan siquiera prevé periodos de liquidación.

En una estrategia defectuosa, el banco pretende en casación que la cláusula en cuestión no describía realmente una comisión, sino una cláusula penal por demora, que es lícita conforme al Código Civil. La Sala niega que fuera una cláusula penal porque ni la comisión sustituye a la indemnización de daños y perjuicios (pues también se devengan intereses moratorios) ni tiene una finalidad meramente punitiva, posible en abstracto, pero que en contratos de consumo contravendría el artículo 85.6 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como declaró el Tribunal Supremo en su Sentencia 530/2016, de 16 de septiembre.

Comentario

Nada que criticar a la decisión de fondo, dadas las condiciones singulares de la cláusula enjuiciada. Con todo, la argumentación podía haber sido más completa y elegante. Veamos:

Existen tres fundamentos posibles de nulidad de la cláusula y de la correspondiente comisión:

- Primero, la cláusula contraviene una norma imperativa en el sentido del artículo 6.3 del Código Civil, ya que introduce una regla que es contraria a una norma material. La comisión bancaria que no sea conforme con la norma de disciplina bancaria es nula sin más. Y no por ser abusiva ni por resultar carente de transparencia. La diferencia parece irrelevante, pero no lo es, porque, como regla, la nulidad parcial no fundada en el régimen de cláusulas abusivas puede integrarse con el Derecho legal. Con todo, en el presente esta distinción no hubiera tenido efectos prácticos, porque la nulidad de la cláusula no podía ser integrada por ninguna norma de disciplina que permitiese el cobro de esa comisión u otra parecida. Pero hay otra diferencia

que no es irrelevante: la nulidad no fundada en normas «consumeristas» no legitima colectivamente a las asociaciones de consumidores; están fuera del espacio del artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

- Segundo, la cláusula es abusiva en tanto en cuanto comporta que el consumidor deberá pagar una doble penalización por demora. Pero aquí hacía falta una argumentación más elaborada. La norma aplicable se expresa así: «[l]as cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones» (art. 85.6 TRLGDCU). Una doble penalización no es *per se* abusiva; sólo cuando el efecto acumulado es desproporcionado. Pero se exige del tribunal que realice un juicio de ponderación, para lo cual habrá de considerar cuál es el interés de demora y si la suma de éste y la pena o comisión excede del tope de admisibilidad que ya ha fijado la jurisprudencia para que la cláusula del interés de demora no resulte abusiva.
- Tercero, es cierto que se puede pactar en abstracto una cláusula de penalización por demora, incluso en contratos de consumo. Pero, si se quiere pasar por una cláusula tal aquélla en que se impone el cobro de una «comisión» por posición deudora, la cláusula es manifiestamente nula por falta de transparencia formal y material. Primero, por ser ininteligible. Segundo, por impedir que el consumidor pueda hacerse una idea cabal del coste moratorio.