



**AUD. PROVINCIAL SECCION CUARTA  
OVIEDO**

SENTENCIA: 00457/2021

Modelo: N10250  
C/ CONCEPCIÓN ARENAL N° 3 - 3

-

Teléfono: 985968737 Fax: 985968740  
Correo electrónico:

Equipo/usuario: AFC

N.I.G. 33066 41 1 2020 0001271  
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000560 /2021  
Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.4 de SIERO  
Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000301 /2020

Recurrente: UNICAJA BANCO SA  
Procurador: [REDACTED]  
Abogado: [REDACTED]  
Recurrido: [REDACTED]  
Procurador: EUGENIO JOSE ALONSO AYLLON  
Abogado: JORGE ALVAREZ DE LINERA PRADO

**NÚMERO 457**

En OVIEDO, a tres de diciembre de dos mil veintiuno, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, D. Javier Alonso Alonso y Don Jose Manuel Raposo Fernández, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

**S E N T E N C I A**

En el recurso de **apelación número 560/2021**, en autos de OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000301 /2020, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Siero, promovido por **UNICAJA BANCO SA**, demandado en primera



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS

Firmado por: FCO. ARTURO TUERO  
ALLER  
07/12/2021 13:36  
Minerva

Firmado por: JAVIER ALONSO ALONSO  
09/12/2021 09:28  
Minerva

Firmado por: JOSE MANUEL RAPOSO  
FERNANDEZ  
10/12/2021 08:08  
Minerva



instancia, contra D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] demandante en primera instancia.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FRANCISCO TUERO ALLER.-

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Siero se dictó Sentencia con fecha 7 de junio de 2021, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

*"FALLO.- Estimando la demanda formulada por la representación procesal de don [REDACTED] contra UNICAJA BANCO S.A., debo declarar y declaro la nulidad por no superar el control de incorporación por falta de transparencia de la cláusula que establece los intereses remuneratorios, así como de la cláusula que regula la comisión por reclamación de posiciones deudoras, de las condiciones del contrato del Contrato de Tarjeta de crédito, suscrito entre las partes en fecha 22 de julio de 2003, y, en consecuencia, se deben tener por no puestas, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por dicha declaración y a que las elimine del contrato, dejando subsistente el resto del contrato. Como consecuencia de lo anterior, se condena a la entidad demandada a reintegrar a la parte actora las cantidades cobradas por aplicación de las cláusulas que se declaren nulas, cuantía a determinar en ejecución de sentencia -previa aportación de la totalidad de liquidaciones-, con el interés legal desde la fecha en que se detrajeron dichas cantidades de la cuenta del cliente hasta su determinación. Todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada. "*

**SEGUNDO.-** Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandada recurso de apelación, del cual se dio el preceptivo traslado, y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial se sustanció el recurso, señalándose para deliberación y fallo el día 30 de noviembre de 2021.-

**TERCERO.-** Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.-

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** D. [REDACTED] interpuso demanda frente a UNICAJA BANCO, S.A. en súplica, principalmente, de que se declarase la nulidad por usurario de un contrato de tarjeta celebrado el 22 de julio de 2003, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración. Subsidiariamente pedía, en primer lugar, la declaración de nulidad de la cláusulas relativas al interés remuneratorio y a la comisión por reclamación de posiciones deudoras, por no superar el control de incorporación por falta de transparencia; y, en segundo término, la declaración de nulidad por abusiva de esta última cláusula, en ambos casos





con la obligación de reintegrar las cantidades abonadas en virtud de las mismas.

La sentencia dictada en primera instancia desestimó la pretensión principal y acogió la primera de las subsidiarias, razonando que el interés remuneratorio previsto en el contrato, con una TAE del 12,68%, no puede calificarse como usurario, pero las cláusulas indicadas no superaban el control de transparencia material o reforzado exigido para la validez de esta clase de condicionado. Solo cuestiona esta decisión la demandada UNICAJA, que a través de su recurso sostiene que el interés, como elemento esencial del contrato, no puede ser objeto de control de su contenido; que solo cabría aplicar aquí el conocido como control de incorporación o de transparencia gramatical; que este control es superado en este caso pues la estipulación estaba redactada de forma clara, legible y fácilmente comprensible, y, además, el demandante entendió el contenido de la cláusula en cuanto fijaba un interés, sin que "el hecho de que la actora no comprenda propia operativa o funcionamiento de la tarjeta de crédito controvertida, nada tiene que ver con la posible falta de transparencia de la cláusula de intereses remuneratorios, aspecto al que se limita la pretensión de nulidad ejercitada de contrario"; que la sentencia yerra cuando establece las consecuencias jurídicas de la nulidad de la cláusula de intereses; defiende la validez de la comisión de reclamación de posiciones deudoras; e impugna, por último, la condena al pago de las costas.

**SEGUNDO.-** Debe advertirse, en primer término, que, como claramente se desprende del contenido, fáctico y jurídico, de la demanda, la pretensión de nulidad de la cláusula relativa al interés remuneratorio no se refiere exclusivamente a que en ella se establezca un determinado tipo porcentual, sino a cómo se aplican esos intereses en la vida del contrato, o, lo que es lo mismo, al propio funcionamiento del sistema "revolving". Lo que denuncia el accionante no es tanto que se haya pactado un determinado interés de aplazamiento, sino la dinámica operativa de ese interés en la práctica (véanse en este sentido las extensas consideraciones que se hacen al respecto, en especial, en el hecho octavo de la demanda).

La sentencia apelada no cuestiona que la cláusula en cuestión cumpla con los presupuestos necesarios para superar el control de incorporación o transparencia formal, en tanto figura en el condicionado particular del contrato redactada en términos gramaticales claros y sencillos. Su contenido se limita a recoger cual es el tipo de interés (12%) y TAE (12,6803%) aplicable al aplazamiento de la deuda. Observaría así los requisitos que los arts. 5.5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación establecen para la validez de esta clase de cláusulas.





Otra cosa es que supere el segundo de los [REDACTED] el de transparencia material o reforzada, que, frente a lo que ahora sostiene la apelante en contradicción con lo que mantuvo al contestar a la demanda, es también exigible cuando se está ante un elemento esencial del contrato y una de las partes tiene la condición de consumidor, como viene señalando la jurisprudencia desde la conocida sentencia de 9 de mayo de 2013, luego reiterada en otras muchas como las de 24 de marzo y 29 de abril de 2015 o 6 de marzo de 2020. Este tema fue abordado por esta Sala en anteriores sentencias, como en las de 16 de diciembre de 2020 y 30 de abril de 2021. Debe destacarse que, como entonces, no es discutida la condición de consumidor del demandante; y que tampoco en este caso la demandada acreditó haber suministrado a la actora información previa a la celebración del contrato, ya fuera sobre el sistema de amortización ya sobre cualquier otro aspecto. Las únicas pruebas que fueron intentadas sobre este fundamental presupuesto consistieron en el interrogatorio del demandante, que se limitó a reconocer que sabe que es un interés de aplazamiento y que la información que le dieron, que no se le facilitó con carácter previo, se limitó a indicarle cuál era el tipo aplicable, sin decirle cómo operaba al hacer uso de la tarjeta; y a la testifical de una empleada de la entidad bancaria, que admitió no recordar si había intervenido en la operación y que en la época en la que se suscribió el contrato no facilitaban información previa, sino que se explicaban al cliente al tiempo de su firma el tipo de interés y la cuota a pagar, así como de forma "genérica" el condicionado del contrato.

Era a la demandada a quien incumbía, de acuerdo con el sistema de carga de la prueba que establece el art. 217 LEC, acreditar cumplidamente haber suministrado esa información, en tanto hecho positivo para ella y negativo para la actora; y esa prueba, como se dice, no llegó a practicarse en este caso.

En las citadas sentencias señalábamos: *"según se desprende inequívocamente de la jurisprudencia del TJUE (sentencias de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb, de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerne Rábai, de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei y de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove), no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.*

*En el caso de las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato, como serían en este caso las que determinan el coste financiero del contrato mediante el devengo de intereses y el aplazamiento en el pago, se exige una información suficiente que pueda permitir al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el*



contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del mismo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, sentencia 367/2017, de 8 de junio y las que en ella se citan), con base en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y los artículos 60.1 y 80.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de la transparencia, de tal manera que, además del filtro o control de incorporación referido, debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato, control que tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

Se impone, por tanto, la exigencia de un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá celebrar el contrato, y se destaca la importancia que para la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar.

Como dice la STS de 23 de marzo de 2018, la información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar.

El deber de transparencia comporta que el consumidor disponga, antes de la celebración del contrato, de información comprensible acerca de sus condiciones y de las consecuencias en la ejecución del mismo, y cuando versen sobre elementos esenciales esa información debe ser suficiente para permitir al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá el contrato (STS de 9 de junio de 2020 y las que en ella se citan).

Cabe, por tanto, el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente (STS de 8 de octubre de 2020).

Y es que, en caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no

*podieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento (STS de 9 de marzo de 2017)".*

Tras exponer las diversas referencias existentes en el plano normativo acerca de la obligación de suministrar información previa, clara, objetiva y suficiente al consumidor sobre los productos financieros que se proponga contratar, a fin de que éste pueda adoptar una decisión con conocimiento bastante, como los arts. 8.d), 20.1b) y 60.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores, arts. 10 y 11 de la Ley 16/2011, de Contratos de Crédito al Consumo, y Orden EHA/2899/2011, añadimos entonces que "Las principales características de este tipo de tarjeta son:

- La posibilidad de activar un crédito revolving. Frecuentemente ofrecen la posibilidad de operar alternativamente con la modalidad de pago diferido a fin de mes.

- El modo de pago asociado al crédito revolving: este tipo de tarjetas permite el cobro aplazado mediante cuotas que pueden variar en función del uso que se haga del instrumento de pago y de los abonos que se realicen en la cuenta de crédito asociada, mientras que en las estrictamente de crédito se abonan de una vez las cantidades adeudadas o bien se establecen cuotas fijas hasta el total abono de los intereses y amortización de la financiación solicitada, como si de un préstamo se tratara.

- La reconstrucción del capital que se debe devolver en el crédito revolving: las cuantías de las cuotas que el titular de la tarjeta abona de forma periódica vuelven a formar parte del crédito disponible del cliente (de ahí su nombre revolving), por lo que constituye un crédito que se renueva de manera automática a su vencimiento mensual, de tal forma que en realidad es un crédito rotativo equiparable a una línea de crédito permanente.

- Sobre el capital dispuesto se aplica el tipo de interés pactado. Adicionalmente, si se producen impagos, la deuda impagada se capitaliza nuevamente con devengo de intereses.

- En esta modalidad de tarjeta, su titular puede disponer de hasta el límite de crédito concedido a cambio del pago aplazado de las cuotas periódicas fijadas en el contrato, las cuales pueden ser un porcentaje de la deuda (con un mínimo según contrato) o una cuota fija que el cliente puede elegir y cambiar dentro de unos mínimos establecidos por la entidad.

El hecho de que los intereses generados, las comisiones y otros gastos repercutibles al cliente se sumen y financien junto con el resto de las operaciones (pagos en comercios, en Internet, o reintegros de cajero) implica que, ante elevados



tipos de interés de la cuota de la tarjeta, cuando se pagan cuotas mensuales bajas respecto al importe total de la deuda, la amortización del principal se realizará en un período de tiempo muy prolongado, lo que supone el pago total de una cifra elevada de intereses a medio y largo plazo que se calculan sobre el total de la deuda pendiente”.

Para concluir finalmente que nada se había acreditado entonces, al igual que ahora, acerca de que la demandada hubiera facilitado información alguna al demandante que le permitiera conocer el coste económico del contrato y el propio funcionamiento del sistema de amortización revolving. Seguíamos diciendo que “Como ha señalado esta Sala en Sentencia de 14 de octubre de 2020, es obligación de las entidades crediticias facilitar al consumidor información suficiente, adecuada y comprensible de la mecánica operativa de las tarjetas, información que debe ser anterior a la suscripción del contrato, pues sólo así puede el consumidor conocer si le interesa o no y decidir libremente la modalidad de pago que le conviene establecer.

Y si no se puede tener por cumplido el deber de información precontractual que habría permitido a la apelante adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de aquello a lo que se comprometía, especialmente, y tratándose de una línea de crédito permanente cuyas disposiciones se reintegraban mediante cuotas mensuales, del alcance que tendría dicha obligación si a la devolución del crédito se sumaba el pago de intereses y otros gastos o comisiones, incluso la prima del seguro, tampoco cabe entender que pudiera alcanzarse esa comprensibilidad sobre la carga económica y jurídica que podía llegar a suponer el contrato a partir de su sola lectura”.

Añadíamos entonces que “Como señala la SAP Barcelona (Secc.1ª) de 11 de marzo de 2019, lo relevante no es que el tipo de interés a aplicar o la TAE esté clara, que lo está, según cual sea el tope máximo de la línea de crédito. Lo relevante es que, aun así, lo que en modo alguno puede llegar a representarse el consumidor es la real carga económica que va a suponer para él ese contrato.

Consecuencia de todo lo anterior es que deba concluirse que la cláusula relativa al interés remuneratorio, y vinculada a ella la que establece el sistema de amortización del crédito mediante el abono de una cuota mensual, en cuanto determinan una obligación de pago pero no permiten comprender con claridad cuál será la carga económica que la titular de la tarjeta asume realmente al disponer de ese crédito, en función del tiempo que tardará en devolverlo y las cantidades que tendrá que abonar, con cuotas bajas pero incluyendo intereses a un tipo elevado, comisiones y otros gastos, no cumplen el requisito de transparencia reforzada, debiendo reputarse nulas, si no por aplicación de lo establecido en el actual párrafo 2º del artículo 83 de la Ley General para la Defensa





de los Consumidores y Usuarios, que no estaba vigente cuando se celebró el contrato y fue añadido por la Disposición Final 8ª de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, sí en cambio por su carácter abusivo conforme a lo dispuesto a su vez por el artículo 8.2 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación en relación con los artículos 82.1 y 83 de la Ley antes citada, pues aunque la falta de transparencia no conlleva necesariamente la abusividad de la cláusula sí permite ejercer ese control (SSTS Pleno de 6 y 12 de noviembre de 2020), y al igual que sucede en el caso de las llamadas cláusulas suelo, cuya falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que le priva también de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado (STS de 8 de junio de 2017 y las que en ella se citan), así debe apreciarse también en este caso cuando el consumidor no ha podido llegar a comprender realmente la carga económica que le supondrán las disposiciones que realice del crédito concedido, viendo de ese modo perjudicada su posición en el contrato al no conocer el alcance de su obligación de pago, y ello como resultado del incumplimiento del deber de información que incumbía a la entidad financiera conforme a las exigencias derivadas de la buena fe.

En ese mismo sentido se ha pronunciado anteriormente esta misma Sala en Sentencia de 24 de junio de 2020, entendiendo que no se supera el filtro de comprensibilidad sobre el funcionamiento y operatividad de los intereses, de suerte que el consumidor adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado como la carga jurídica del mismo, cuando la estipulación litigiosa únicamente establece que el interés se calculará "día a día sobre el saldo actualizable liquidable mensualmente", pero nada aclara acerca de la capitalización de tales intereses, la forma de calcular la cuota en el sistema de pago aplazado o sobre el sistema de amortización, que implicaba que sólo una pequeña parte de lo abonado iba destinado a reducir el capital, de tal modo que en la práctica el consumidor satisface a lo largo de los años elevadas sumas en concepto de interés mientras que el capital apenas disminuye. Y más recientemente en Sentencia de 18 de noviembre de 2020, al decir que al cliente que contrata con el profesional le resulta imposible comprender el coste económico de la cuota, la suma que va a satisfacer en concepto de intereses y comisiones, y, lo que es especialmente relevante en la contratación con un consumidor, éste no llega a conocer que cuando abona una cuota está amortizando una suma irrelevante del capital dispuesto frente al elevado coste de los demás conceptos incluidos en la misma, de manera que las disposiciones de capital realizadas se traducen en la obligación de pago de cuantías elevadas que no guardan un







mínimo criterio de proporcionalidad con la suma de la que realmente se ha dispuesto, lo que conlleva la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula dado el desequilibrio económico que supone para el consumidor, sin que ello implique la nulidad del contrato, que subsiste en la medida en que en él se contemplan otras fórmulas de pago.

Así también, la Sentencia de la Sección 5ª de esta Audiencia de 27 de julio de 2020 considera que el sistema revolving no es de fácil comprensión, por lo que resulta imprescindible la información, y llega a estimar que, faltando ésta, el propio sistema de amortización revolving no supera el control de transparencia, declarando abusiva la cláusula que lo establece”.

**TERCERO.-** Tales consideraciones son plenamente extrapolables al presente caso. En efecto, el contrato aquí enjuiciado se limita a indicar el tipo de interés aplicable a los pagos aplazados y nada advierte, dentro de un condicionado plasmado en letra de muy reducido tamaño y especialmente abigarrado que dificulta notablemente su lectura, acerca de la proporción mínima que puede llegar a alcanzar la devolución del crédito frente al resto de cargas financieras, ni de que, en realidad, los intereses generados, las comisiones y otros gastos repercutibles son financiados junto al resto de las operaciones, por lo que, cuanto menor es el importe de la cuota a pagar, mayor es el plazo que se precisa para saldar la deuda acumulada. Nada concreta sobre la capitalización de los intereses, la forma de calcular la cuota o el sistema de amortización, que conlleva la muy gravosa consecuencia de que lo amortizado de capital es mínimo, viéndose obligado el consumidor al pago a lo largo de los años de elevadas cantidades en concepto de interés mientras que el capital apenas disminuye, de tal forma que no existe proporcionalidad alguna entre la suma dispuesta por el consumidor y lo que realmente se ve obligado a satisfacer. De este modo el cliente, o en otras palabras, un consumidor medio razonablemente atento y perspicaz, no puede hacerse una idea, siquiera aproximada del coste que para él va a tener esta clase de financiación, no puede tomar conciencia del sacrificio patrimonial que la concesión de ese crédito le va a suponer. Ninguna simulación se hizo, en fin, acerca de los diversos escenarios que pudieran producirse según el montante de las disposiciones que efectuara el contratante, a fin de clarificar de este modo las gravosas consecuencias que suponía la aplicación de este producto.

Obsérvese que no sólo es que el contenido del clausulado no permita al consumidor tener un conocimiento suficiente de las consecuencias económicas del contrato, sino que a ello se añade el patente incumplimiento del deber de información previo que incumbía a la financiera, tanto más grave si se tiene en cuenta que el sistema de amortización de esta clase de tarjetas comporta unos efectos muy perjudiciales para el patrimonio de quien las suscribe, bastante más allá de lo que





resultaría de la aplicación lineal de los intereses pactados, ya de por sí elevados, que obliga a quien las comercializa a una especial y cuidadosa labor de información sobre este concreto particular. No es que el demandante sostenga que no sabe lo que es un tipo de interés, lo que sí sería rechazable por ser de conocimiento notorio, además de que él mismo admitió entenderlo, sino que su tesis, que aquí se comparte, es que no fue informado ni conocía la gravosa y muy perjudicial mecánica de esta clase de productos, como ya se ha razonado.

**CUARTO.-** También debe rechazarse el segundo de los motivos del recurso, en el que el apelante discute las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula sobre interés remuneratorio pues, entiende, debe conllevar la nulidad total del contrato y no sólo la parcial del condicionado correspondiente. Debe advertirse en este punto que en la demanda se defendía la nulidad sólo parcial del contrato, razonando porqué debía seguirse esta solución en los apartados D y E del fundamento de Derecho sexto, para concluir suplicando la nulidad solo de las correspondientes cláusulas. La demandada y ahora recurrente nada dijo sobre este particular en su extenso escrito de contestación.

El art. 456 LEC veda el planteamiento en fase de recurso de cuestiones nuevas, que no hubieran sido formuladas en la instancia. Precepto que es una aplicación más del principio de defensa, plasmado en el art. 24 de la Constitución, a fin de evitar que la contraparte pueda verse sorprendida por esa novedosa petición cuando carece ya de los trámites de alegación y prueba con los que intentar contrarrestarla. Y esto es lo que sucede en este caso, pues, pese a ser un tema suscitado en la demanda, que puede ser objeto de debate en tanto incide en la subsistencia o no del contrato y en cómo puede afectar a los derechos del consumidor (arts. 9 y 10 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 83 de la Ley de Consumidores), la demandada nada alegó sobre este concreto particular en el escrito de contestación, que ahora no puede pretender subsanar, de no incurrir en la prohibición que establece el citado art. 456 LEC.

**QUINTO.-** Sostiene el demandante que el Banco le vino aplicando una comisión por reclamación de posiciones deudoras por importe de 45 €. Cláusula cuyo tenor y existencia no fue cuestionado por la recurrente al contestar a la demanda, sino que la admitió expresamente (véase hecho sexto de la contestación). Y siendo esto así, no plantea mayores dudas la nulidad por abusiva de la indicada estipulación.

Sobre la nulidad de esta clase de cláusulas se ha pronunciado esta Sala en numerosas ocasiones, entre otras, en las sentencias de 27 de noviembre de 2019, parcialmente transcrita en la sentencia de instancia, 21 de mayo, 19 de junio y 14 de julio de 2020, o en la precedente de 20 de febrero de 2019, en la que, con cita asimismo de otras





anteriores, decíamos que estas comisiones establecen unas "cantidades fijas a priori sin que se acredite que respondan a gastos reales a los que deba hacer frente la entidad bancaria, y menos por el importe fijado, al tiempo que se invierte la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, con patente vulneración de los artículos 82, 87 y 88 de la Ley de Consumidores y Usuarios.

Ciertamente, la normativa sectorial bancaria reconoce el derecho de las entidades a percibir una remuneración por los servicios que presten, siempre que el cliente haya sido informado previamente de la inclusión de esa comisión y la haya aceptado.

Pero no se trata de que no pueda estipularse una comisión como la que aquí se discute, sino si al hacerlo mediante una condición predispuesta por el Banco a la que al cliente no le queda más remedio que adherirse si quiere contratar, tal estipulación cumple los requisitos del artículo 80 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y respeta los principios de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, y eso es lo que no cabe predicar de una cláusula que impone de forma automática el pago de una comisión por una cuantía predeterminada sin subordinarla a la efectiva prestación del servicio de reclamación en beneficio del cliente y sin exigir su justificación.

Así lo han entendido otras resoluciones como la SAP Madrid (Secc. 12ª) de 29-2-2016 al decir que la cláusula, tal y como aparece configurada, impone de forma automática una comisión sin que se prevea que deba justificarse la existencia efectiva del gasto, produciendo con ello un importante desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor, o la SAP Alicante (Secc. 8ª) de 15-7-2016, que insiste en la idea de que cuando la cláusula fija la imposición de un precio fijo por reclamación con independencia del acto de gestión a que se refiere, sin vinculación frente a él, ni económica ni jurídica, se está atentando al principio de equilibrio y, por tanto, causando el desequilibrio a que se refiere el artículo 82.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y tal cláusula es abusiva porque no hay reciprocidad, dado que a la prestación de una parte no sigue, necesariamente, una contraprestación de la otra, resultando indiferente cuál sea la cuantía o valor económico real de la prestación -gestión de cobro- y de la contraprestación -precio de la gestión-.

Más aún, como dice la SAP Asturias (Secc. 6ª) de 19-1-2018, la reclamación de posiciones deudoras vencidas no implica ningún servicio para el consumidor, antes bien encubre una auténtica cláusula penal cumulativa a los intereses moratorios, obviando que éstos ya remunerar el perjuicio causado por el incumplimiento del consumidor, por lo que la comisión pactada vulnera de forma inequívoca lo dispuesto en





*el artículo 85.6 del texto refundido por imponer al consumidor una indemnización claramente desproporcionada al perjuicio causado, siendo en otro caso que, si se entendiera que la comisión pretendía remunerar el aviso o advertencia del Banco a un cliente que hubiera entrado en mora por puro despiste o cualquier razón similar, la cláusula infringiría lo dispuesto en el artículo 87.4 por tratarse de un servicio no solicitado por el cliente.*

*Se trataría, por tanto, de una actuación de la entidad bancaria que en principio solo a ella le beneficia, por ser la más interesada en que su cliente regularice cualquier posición deudora, y así lo hemos dicho en supuestos precedentes”.*

En sentido similar se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2019, insistiendo en que la abusividad la genera la indeterminación en cuanto al tipo de gestión que se va a llevar a cabo, aludiendo igualmente a que conllevaría una doble sanción por el mismo concepto y a que supone 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 hubo gestión, o que no ha tenido el coste fijado en el contrato, o ambas circunstancias. Advierte así de que estos pactos infringen lo establecido en los arts. 85.6 (indemnizaciones desproporcionadas), 87.5 (cobro de servicios no prestados) y 88.2 (alteración de la carga de la prueba), todos ellos de la Ley de Consumidores y Usuarios.

**SEXTO.-** El hecho de que la petición que resultó acogida se hubiera planteado de forma subsidiaria no impide la condena al pago de las costas de la parte que resultó vencida, siguiendo el criterio que establece el art. 394 LEC. Lo relevante, como ya puso de manifiesto esta Sala en numerosas ocasiones anteriores conociendo de formulaciones semejantes, es que la trascendencia económica para ambas partes de la petición principal y de la subsidiaria, y, por tanto, el resultado práctico del litigio, es prácticamente idéntico, ya se acoja una u otra.

Es más, las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2017 y 17 de septiembre y 6 de octubre de 2020, en consonancia con la doctrina establecida por el TJUE en sentencia de 16 de julio de 2020, han puesto de manifiesto la incompatibilidad entre la excepción al principio del vencimiento y el acogimiento de la postura del consumidor en los litigios que versen sobre cláusulas abusivas. Considera esta línea jurisprudencial que si pese a vencer en el litigio se apreciaran dudas de derecho y el consumidor se viera obligado a pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación y los comunes por mitad, no se restablecería la situación de hecho y de derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula abusiva y, por tanto, no quedaría indemne pese a contar a su favor con un norma





procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma se produciría un efecto disuasorio inverso pues no se disuadiría a los bancos de incluir las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, sino que se disuadiría a los consumidores de promover litigios por cantidades moderadas. Concluye el Tribunal Supremo que la regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio.

**SÉPTIMO.-** La desestimación del recurso conlleva la imposición a la apelante de las costas aquí causadas (art. 398 LEC).

Por lo expuesto, la Sala dicta el siguiente:

**F A L L O**

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por **UNICAJA BANCO S.A.** contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Siero en fecha siete de junio de dos mil veintiuno, en los autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 301/20, confirmando dicha resolución con expresa imposición al apelante de las costas procesales del recurso.

Dése al depósito constituido para recurrir el destino legal.

Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el art. 466 de la L.E.C., serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los arts. 469 y ss., 477 y ss. y Disposición Final 16ª, todo ello de la L.E.C., debiendo interponerse en el plazo de **VEINTE DÍAS** ante éste Tribunal, con constitución del depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Tribunal en el Banco Santander **3370 0000 e indicación de tipo de recurso (04: Extraordinario por infracción procesal y 06: por casación) y expediente con cuatro cifras más dos del año.**

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

