

**EL JMER DE VITORIA-GASTEIZ DECLARA LA ABUSIVIDAD DE LA
COMISIÓN POR RECLAMACIÓN DE POSICIONES DEUDORAS Y CONDENA
KUTXABANK A ELIMINARLA DE SUS CONTRATOS**

Comentario a la SJMER de Vitoria-Gasteiz nº1 162/2016, de 17 de junio de 2016

Alicia Agüero Ortiz
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 21 de julio de 2016

La asociación de consumidores URKOA¹ ejerció una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación contra KUTXABANK por la imposición en sus contratos de la conocida como comisión de reclamación de posiciones deudoras. En concreto, la cláusula establecía que:

“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 la 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 descubierto que se liquidará en cuenta, siendo el importe de la misma 30 euros”.

Por su parte, la entidad demandada alegó que el devengo de la comisión no era inmediato, siendo el procedimiento interno aplicado en estos casos era siguiente: entre el primer y tercer día desde la producción del impago se procedía a realizar una llamada telefónica al cliente y a enviar un sms o email y, de no ser posible contactar con cliente por estas vías, se enviaba una carta por correo ordinario; y sólo si el séptimo día no se había regularizado la posición, se devengaba la comisión.

En primer lugar, el JMER recordó que el art. 3.1 OM 289/2011 de 28 de octubre establece que *“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”*. Asimismo, recordó que la memoria de

¹ Asociación Uribe Kosta de Usuarios y Consumidores.

reclamaciones del BdE del año 2012² establecía unas pautas para la aplicación de dicha comisión, en particular: “*deben responder a una reclamación formal de posiciones deudoras, de tal forma que se acredite la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente; no puede reiterarse en la reclamación de un mismo saldo por gestiones adicionales realizadas por la entidad con el mismo fin; su cuantía sea única, sin que sean admisibles tarifas porcentuales; y que no se dé un automatismo en su aplicación, por lo que la entidad habrá de tener en cuenta en su repercusión las circunstancias particulares de cada descubierto y de cada cliente*”. Sin embargo, negó –acertadamente– que el servicio de reclamaciones del BdE tuviera potestad jurisdiccional, no estando facultado para determinar cuándo una cláusula es abusiva. Ello en conjunción con la compatibilidad entre el control de abusividad y el cumplimiento de la normativa sectorial³ condujo al JMER a someter a dicho control a la cláusula litigiosa.

En segundo lugar, y ya en el seno del control de abusividad, declaró que lo relevante para efectuar el control de abusividad de la cláusula es su propia redacción y no la aplicación que de ella haga el empresario, es decir, con independencia de que no sea efectivamente aplicada o que sea aplicada de una forma más laxa (según la jurisprudencia del TJUE (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13). Por tanto, el hecho de que la entidad alegue que no el devengo de la cláusula no se produce hasta el séptimo día, no es óbice para someter al control de abusividad a la cláusula tal y como consta en el contrato.

Así las cosas, el JMER declaró la abusividad de la cláusula de posiciones deudoras por diversos motivos:

- ***Por quedar a la libre voluntad del empresario la interpretación de la cláusula (art. 85.3 TRLGDCU⁴):*** puesto que el procedimiento de reclamación de la posición deudora así como el devengo de la comisión, explicado *ut supra*, no consta en el contrato como tampoco se detalla si es una comisión periódica o única.

²http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/12/MSB_2012.pdf

³ STS de 9 de mayo de 2013, párrafo 178.

⁴ “*Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato*”.

- ***Por privar al consumidor de sus derechos básicos (art. 86 TRLGDCU⁵)***: ya que no se establece en el contrato cuál será el medio por el que se efectuará la reclamación y por el que se le cargarán 30 euros, ni cuándo se le cargará dicha comisión, es decir, qué plazo tiene el cliente para regularización la posición deudora.
- ***Por imponer el cobro de un servicio no prestado (art. 87.5 TRLGDCU⁶)***: puesto que siguen sin determinarse en qué gastos incurre la entidad para realizar la reclamación que justifique el cobro de 30 €, lo que, a mayor abundamiento, se contradice con el hecho de que otro tipo de avisos se consideren incluidos en el servicio de mantenimiento y gestión de la cuenta.
- ***Por imponer una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor (art. 85.6 TRLGDCU⁷)***: puesto que, además de la comisión por reclamación de posiciones deudoras, el cliente vendrá obligado en tales casos a abonar intereses moratorios con los que se resarcen los daños y perjuicios sufridos por la entidad como consecuencia de su incumplimiento. En palabras del JMER “*debe recordarse para empezar que los daños y perjuicios deben acreditarse y lo que no nos puede decir la demandada es que una llamada de teléfono o el envío de un correo electrónico o un sms tenga un coste de 30 €*”. Esto es así, en opinión del JMER, sin que pueda justificarse dicho importe por el hecho de que la demandada tenga que “*dotarse de medios personales y materiales para controlar los impagos, descubiertos e incumplimientos del cliente, pues las entidades financiera son empresarios con ánimo de lucro, legítimo y amparado constitucionalmente por la libertad de empresa, pero correlativamente sometidos al riesgo empresarial*”.

Por todo lo expuesto, el JMER nº 1 de Vitoria-Gasteiz declaró abusiva la cláusula de reclamación de posiciones deudoras de KUTXXKABANK condenándola a eliminar dicha cláusula de condiciones generales de la contratación y a abstenerse de utilizarla en lo sucesivo.

⁵ “En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas”.

⁶ “Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva”.

⁷ “Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”.