

NÚMEROS ROJOS: COMISIONES POR DESCUBIERTO TÁCITO E INTERESES DE DEMORA*

STS núm. 176/2020 de 13 de marzo (RJ 2020\974)

Sheila Martínez Gómez
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 25 de mayo de 2020

Resumen: Las cantidades de sobregiro o excedidas del saldo disponible constituyen un nuevo crédito autorizado por la entidad bancaria, debiendo el cliente-deudor hacer frente a una contraprestación, la cual puede revestir la forma de recargos, intereses remuneratorios o comisiones, no pudiendo devengarse intereses de demora por el simple descubierto en cuenta *ex arts.* 1101 y 1108 CC.

Palabras claves: Comisiones, intereses de demora, duplicidad, descubierto, cuenta corriente

* Trabajo realizado bajo la tutela del profesor Ángel Carrasco en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social” dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y en el marco de la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2019-GRIN-27198, denominado “Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco” (GIPAC) y a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana, en base a la Propuesta de Resolución Definitiva de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, Dirección General de Universidades, Investigación e Innovación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de 10 de marzo de 2020.

1. Hechos

D.^a Andrea es titular de dos cuentas bancarias en la entidad LIBERBANK. En la cuenta con número de contrato NUM000, se cargaron, entre el 2 de enero de 2002 y el 29 de junio de 2016, un total de 3.174,76 euros en concepto de comisiones por reclamación de descubiertos y de comisiones por descubiertos o excedidos, mientras que en la cuenta con número de contrato NUM001 el Banco le cargó, entre el 9 de abril de 2002 y el 20 de mayo de 2014, la cantidad total de 1.140,27 euros en concepto de comisiones por reclamación de descubiertos y comisiones por descubierta o excedidos -contratos de cuenta corriente que no fueron aportados por las partes litigantes-.

Ante esta situación, D.^a Andrea promovió demanda de juicio ordinaria contra la entidad bancaria LIBERBANK, S.A., ejercitando la acción de nulidad por abusividad de las cláusulas de comisiones por reclamación de posiciones deudoras y de comisiones por descubierta o excedidos, reclamando 4.315,03 euros, cantidad en la que se cifra las comisiones indebidamente percibidas por la demandada en aplicación de las citadas cláusulas.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Oviedo dictó sentencia el 16 de diciembre de 2016, declarando únicamente la nulidad de la cláusula relativa a la comisión por reclamación de posiciones deudoras, respecto de ambas cuentas, y condenado a LIBERBANK a la restitución de 3.577,15 euros cobrados en aplicación de tales cláusulas.

Apelada la sentencia por la parte actora, la AP de Asturias dictó sentencia núm. 135/2017 de 7 de abril (RJ 2007\121845) en la que se desestima el recurso en su integridad y confirma la sentencia de primera instancia.

Finalmente, dicha sentencia fue recurrida por D.^a Andrea al Tribunal Supremo, con base en los motivos de casación que se analizan a continuación.

2. Motivos de casación

Causa justificativa del devengo de comisiones bancarias por descubierta

D.^a Andrea argumentó, en el recurso de casación, que la sentencia impugnada infringe los arts. 1274 y 1275 CC, el art. 3.1 de la Orden EHA\2899\2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección al cliente de servicios bancarios, así como la doctrina jurisprudencial recogida en la STS núm. 584/2008 de 23 de junio de 2008 (RJ 2008\3228), al consentir el devengo de comisiones bancarias por descubierta o excedido en cuenta de manera indebida, por no exigir al empresario el cumplimiento y la justificación objetiva de los requisitos legales que amparan el cobro de las citadas comisiones.



Las comisiones bancarias son, por antonomasia, las cantidades que adeudan los clientes como contraprestación por los servicios prestados por el Banco, las cuales serán las fijen libremente las partes del contrato (art. 3.1 de la Orden 2899/2011), excepto en aquellos casos en los que el importe de las comisiones estén limitados por una norma, como sucede en el caso de estar ante un crédito al consumo.

Así, las comisiones podrán cobrarse, de conformidad con la normativa bancaria sobre comisiones -Orden EHA/2899/2011, Circular 5/2012 del Banco de España de 27 de junio, Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, Ley 16/2009 (actualmente RDL 19/2018), Ley 16/2011, de 24 de junio)-, siempre que concurren los siguientes requisitos: i) que retribuyan un servicio realmente prestado; y ii) que los gastos del servicio se hayan realizado efectivamente, mismos requisitos fijados por la doctrina jurisprudencial recogida por la sentencia del TS reseñada anteriormente, que consideran que las comisiones bancarias, deben tener una justificación autónoma, ya que, únicamente se pueden repercutir comisiones bancarias por servicios efectivamente prestados o por gastos que la entidad bancaria haya tenido que soportar y sean imputable al cliente.

La figura bancaria del descubierto en cuenta corriente -también conocida como «números rojos»- es, según el Banco de España, «... una facilidad crediticia concedida por las entidades para permitir que se atiendan pagos autorizados contra las cuentas de sus clientes por encima de los saldos contables de estas... »¹. Se trata, en definitiva, de una *operación de crédito a todos los efectos*, tal y como sostiene la jurisprudencia del TS², pues se admiten pagos sin que el saldo en la cuenta sea suficiente, concediendo la entidad bancaria un crédito nuevo por dicho exceso. Por consiguiente, como servicio bancario específico, puede ser retribuido mediante una contraprestación, la cual revestirá, en la mayoría de los casos, la forma de comisión, en virtud del art. 3.1 de la Orden 2899/2011.

Ahora bien, el párrafo 2º del art. 3.1 de la Orden determina que «solo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios prestados o gastos

¹ BANCO DE ESPAÑA. «Descubierto en cuenta», *Memoria de Reclamaciones 2018*. Consultado en: <https://cliente bancario.bde.es/f/webcb/RCL/ProductosServiciosBancarios/CuentasDepositos/CuentasCorrientesDepositosLibretas/VidaCuenta/descubiertoencuenta.pdf>

² La STS núm. 682/1994 de 11 de julio (RJ 1994\6387) afirmó que «... en el contrato de cuenta corriente bancaria el límite cuantitativo de las órdenes de pago vine dado por la cifra del "Haber" del cliente en el momento de la orden, y [...] cuando, de acuerdo con un 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... », línea seguida por las SSTs de 25 noviembre 1989 (RJ 1989\7911) y núm. 682/1994 de 11 julio (RJ 1994\6387).

habidos». La literalidad del precepto indica que únicamente podrán cobrarse comisiones si los servicios han sido solicitados o aceptados expresamente por el cliente, dejando fuera aquellos que hayan sido aceptados tácitamente -como sucede en el caso de autos-. Entonces, ¿no pueden cobrarse comisiones por descubiertos tácitos?, entendiendo como descubierto tácito aquel descubierto que sea aceptado tácitamente mediante el cual un prestamista pone a disposición de un consumidor fondos que superen el saldo de la cuenta a la vista del consumidor o la posibilidad de descubierto convenida (art. 4.2 de la Ley 16/2011 de 24 de junio³).

El art. art. 4.3 de la Orden 2899/2011 reza lo siguiente: *«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»*. Es decir, el servicio bancario de descubierto tácito puede ser retribuido mediante una contraprestación, la cual puede revestir la forma de recargos, intereses o comisiones.

El importe de las comisiones por descubierto tácito está limitado, en el caso de estar ante un crédito al consumo, por la LCCC, estableciendo su art. 20 los requisitos para que este tipo de comisiones resulten válidas y lícitas: i) respeten el límite máximo equivalente a una TAE superior a 2,5 veces el interés legal del dinero (incluidos los conceptos previstos en el art. 32.2 L CCC); ii) no se aplique adicionalmente a dicho límite una comisión de apertura en los descubiertos (esta comisión debe computarse conjuntamente con la de descubierto para respetar su límite); y iii) no se aplicable más de una vez en cada periodo de liquidación, aunque se generen varios descubiertos dentro de un mismo período, además de cumplir con los correspondientes deberes de información.

En el caso objeto de estudio, la demandante recurrente disfrutó de un servicio de caja, durante un amplio periodo de tiempo -entre 2002 y 2016-, que le permitía retirar efectivo y atender pagos con regularidad, pese a carecer de saldo la cuenta. La entidad bancaria, por su parte, cargó las respectivas comisiones por descubierto, las cuales no han incumplido los límites cuantitativos (2,5 veces el interés legal del dinero) que impone el art. 20.4 L CCC, ya que al permitir descubiertos por encima del «haber» de la cuenta corriente, lo que hacía en realidad era conceder un crédito por dicho exceso.

Por consiguiente, el servicio de descubierto tácito ha sido efectivamente prestado y ha habido reciprocidad entre las prestaciones -concesión de crédito al deudor a través de la figura del descubierto en cuenta y pago al acreedor de unas comisiones-, estando en

³ Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (BOE núm. 151, de 25/06/2011).

presencia de un contrato oneroso con causa existente y lícita, conforme a los arts. 1274 y 1275 CC.

Por último, el TS aclara que la comisión por descubierto es distinta a la comisión por reclamación de posiciones deudoras [STS 566/2019 de 25 de octubre (RJ 2019\4140)], pues cada una de ellas retribuye unos servicios distintos: 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.

Cobro de comisiones por descubierto sin duplicidad de cobro de intereses de demora para unas mismas cantidades

D.^a Andrea alega que la resolución recurrida vulnera la doctrina jurisprudencial recogida en las STS núm. 669/2001 de 28 de junio de 2001 (RJ 2002\1462), pues el descubierto en cuenta no puede generar comisiones e intereses de demora simultáneamente, ya que estas figuras tienen finalidades diferentes.

La comisión por descubierto, como se ha visto (*vid supra*), tiene una finalidad retributiva de un servicio que presta la entidad bancaria al cliente deudor, que en la práctica supone una *facilidad crediticia* -nueva concesión de crédito-. Por el contrario, los intereses de demora o moratorios tienen una finalidad indemnizatoria de los daños y perjuicios que puedan irrogarse al acreedor por el retraso en el cumplimiento de la deuda principal (arts. 1101 y 1108 CC), siendo *conditio sine qua non* que el deudor se halle en mora (art. 1100 CC). Esta finalidad ha sido reconocida recientemente en la STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 265/2015 de 22 de abril (RJ 2015\1360), al resolver el carácter abusivo de la cláusula que fija un interés de demora superior al legal en un préstamo personal: «Mientras el interés ordinario retribuye la entrega del dinero prestado durante el tiempo que está a disposición del prestatario, el interés de demora supone un incremento destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por el prestatario de los plazos estipulados para el pago de las cuotas de amortización del préstamo, con la función añadida de disuadir al prestatario de retrasarse en el cumplimiento de sus obligaciones» (FJ 6, apdo. 6).

Así, el cobro de comisiones no tiene como causa el incumplimiento o mora del deudor, sino la autorización 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, lo cual constituye, 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.

De lo analizado se concluye que las cantidades en que se concrete la concesión de un nuevo crédito, tal y como sucede con 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, tal y como arguye el TS, «... *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 del devengo simultáneo para unas mismas cantidades de intereses de demora y de comisión por 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, tal y como declaró el TJUE en la sentencia de 26 de febrero de 2015 (TJCE 2015\93; asunto C-143/13), referida -entre otras- a una denominada comisión de riesgo: «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» (apdo. 71).

En el caso objeto de estudio, no se ha producido la duplicidad proscribida del devengo simultáneo y para unas mismas cantidades de intereses de demora y de comisión por descubierto, cobrándose únicamente las comisiones devengadas por el servicio de descubierto en cuenta.

3. Conclusiones

El descubierto en cuenta es un nuevo crédito concedido voluntariamente por el banco, lo que genera el nacimiento de la obligación de restitución y pago de la correspondiente contraprestación, a través de comisiones o intereses -remuneratorios-, obligaciones a cargo del cliente-deudor.

Por tratarse de un nuevo crédito, no pueden devengarse intereses de demora por el simple descubierto en cuenta, pues el devengo de estos intereses tiene como presupuesto habilitante la mora del deudor, algo que no sucede en estos casos.