



Roj: **STS 857/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:857**

Id Cendoj: **28079110012020100163**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/03/2020**

Nº de Recurso: **2200/2017**

Nº de Resolución: **176/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 176/2020**

Fecha de sentencia: 13/03/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2200/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/02/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE OVIEDO, SECCIÓN 5.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN núm.: 2200/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 176/2020**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 13 de marzo de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 135/2017, de 7 de abril, dictada en grado de apelación por la Sección 5 de la Audiencia Provincial de Oviedo, como consecuencia de autos de juicio



ordinario n.º 529/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Oviedo, sobre acción de nulidad de cláusulas abusivas y de reclamación de cantidad.

Es parte recurrente D.ª Carina , representada por la procuradora D.ª Ana Belén Pérez Martínez y bajo la dirección letrada de D. Celestino García Carreño.

Es parte recurrida LIBERBANK, S.A., representada por la procuradora D.ª Silvia Casielles Morán y bajo la dirección letrada de D. Borja Naval Mairlot.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Ana Belén Pérez Martínez, en nombre y representación de Carina , interpuso demanda de juicio ordinario contra Liberbank, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que, estimando íntegramente las pretensiones formuladas en la demanda, condene a LIBERBANK, S.A., como consecuencia de la declaración de nulidad de las comisiones indebidamente repercutidas a la actora en las cuentas de las que es titular, a abonar a la demandante, la cantidad de CUATRO MIL TRESCIENTOS QUINCE CON TRES (4.315,03 €) EUROS, que se reclaman, más intereses legales y costas".

2.- La demanda fue presentada el 25 de julio de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Oviedo, fue registrada con el n.º 529/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Carmen Cervero Junquera, en nombre y representación de LIBERBANK, S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Oviedo dictó sentencia 261/2016, de 16 de diciembre de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

"Estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales doña Ana Belén Pérez Martínez, en nombre y representación de Carina , contra Liberbank S.A., debo declarar la nulidad de las comisiones por reclamación de posiciones deudoras repercutidas a la demandante, condenando a Liberbank al abono a la sra. Carina a la cantidad de 3.577,15 euros.

"Todo ello sin particular imposición de las costas procesales causadas".

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Carina . La representación de LIBERBANK, S.A se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 101/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 135/2017, de 7 de abril, con la siguiente parte dispositiva:

"Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Doña Carina contra la sentencia dictada en fecha dieciséis de diciembre de dos mil dieciséis por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Oviedo, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se CONFIRMA.

" Se imponen a la parte apelante las costas causadas en la presente alzada."

### TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- La procuradora D.ª Ana Belén Pérez Martínez, en representación de D.ª Carina , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Motivo primero de casación: Al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, por presentar interés casacional, se denuncia la infracción del artículo 3.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección al cliente de servicios bancarios, al vulnerar la sentencia recurrida, la doctrina recogida en la Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 584/2008 de 23 de junio del 2008, recurso 3448/2000, así como la doctrina recogida en la Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 669/2001 de 28 de junio del 2001, recurso 1432/1996 que consideran, en todo caso que, (i) las comisiones bancarias, deben tener una justificación autónoma, ya que, únicamente se pueden repercutir comisiones bancarias por servicios



efectivamente prestados o por gastos habidos que la entidad bancaria haya tenido que soportar y sean imputables al cliente, y que, (ii) son los intereses de demora pactados en contrato y no las comisiones por descubierto o excedido, las que vienen a resarcir a la entidad bancaria por el incumplimiento o retardo del deudor en las obligaciones de pago contraídas.

"Motivo segundo de casación: Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, interés casacional derivado de la existencia notoria de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales acerca de la existencia de causa que justifique el devengo de comisiones bancarias por descubierto, en relación con los artículos 1.274 y 1.275 del C.C., sobre los requisitos básicos que deben cumplir las comisiones bancarias que justifiquen las obligaciones recíprocas de los contratantes."

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 auto de fecha 13 de noviembre de 2019, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- La Procuradora D<sup>a</sup> Silvia Casielles Morán, en representación de LIBERBANK 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 27 de febrero de 2020, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

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

1.- D.<sup>a</sup> Carina interpuso una demanda de juicio ordinario ejercitando una acción para que se declarase la nulidad por abusividad de la cláusula de comisiones por reclamación de posiciones deudoras y de la cláusula de comisiones por descubierto o excedidos, y se condenase a la demandada a la restitución de la cantidad de 4.315,03 euros, indebidamente cobradas en aplicación de tales cláusulas.

A tal efecto, la demandante señala que es titular de dos cuentas bancarias abiertas en la entidad demandada, si bien no se aportó junto con la demanda el contrato de cuenta corriente de cada una de ellas. En la primera de las cuentas se cargaron, entre el 2 de enero de 2.002 y el 29 de junio de 2.016, un total de 3.174,76 euros en concepto de comisiones por reclamación de descubierto y de comisiones por descubiertos o excedidos. En la segunda cuenta, el banco cargó, entre el 9 de abril de 2.002 y el 20 de mayo de 2.014, la cantidad total de 1.140,27 euros en concepto de comisiones por reclamación de descubiertos y comisiones por descubierto o excedidos.

2.- Tras la oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, declaró la nulidad de la cláusula relativa a la comisión por reclamación de posiciones deudoras, respecto de ambas cuentas, y condenó a Liberbank a la restitución de 3.577,15 euros cobrados en aplicación de tales cláusulas.

3.- Recurrida la sentencia por la demandante, la Audiencia Provincial la confirmó íntegramente. Esta sentencia afirma como hecho probado que, a la vista del historial de ambas cuentas, no se produjo una duplicidad de devengo y cobro de intereses de demora y de comisión de descubierto por unas mismas cantidades y en unos mismos periodos temporales. Afirmó en concreto:

"contrastando las fechas de las comisiones por descubierto con el historial de ambas cuentas no se observa que exista esa duplicidad [comisión por descubierto e intereses de demora]; y así, por ejemplo, cuando la parte apelante se refiere a los intereses por descubierto que figuran en el asiento contable (en la primera de las cuentas citadas) del 3 de enero de 2.003 por importe de 19,61 €, no se observa que se esté imponiendo además una comisión por descubierto; y lo mismo podemos decir respecto a los intereses de descubierto del asiento de 8 de julio de 2.003. En cuanto al de 5 de enero de 2.004 figuran unos intereses por descubierto y en la misma fecha 3 euros por comisión, pero ha de entenderse que no se trata de comisión por excedido, puesto que no figura en el detalle de reclamaciones obrante a los fols. 53 y siguientes".

### SEGUNDO.- *Recurso de casación. Formulación de los motivos.*

1.- *Planteamiento.*



El primer motivo de casación, formulado al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, denuncia la infracción de artículo 3.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección al cliente de servicios bancarios, y la vulneración de la doctrina recogida en las sentencias de esta sala núm. 584/2008 de 23 de junio del 2008, y núm. 669/2001 de 28 de junio del 2001, que consideran, en todo caso, que (i) 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 imputables al cliente; y que (ii) son los intereses de demora pactados en contrato y no las comisiones por descubierto o excedido, las que vienen a resarcir a la entidad bancaria por el incumplimiento o retardo del deudor en las obligaciones de pago contraídas.

El segundo motivo formulado también al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, denuncia la infracción de los arts. 1.274 y 1.275 CC, sobre los requisitos básicos que deben cumplir las comisiones bancarias que justifiquen las obligaciones recíprocas de los contratantes, invocando como causa de interés casacional la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la existencia de causa justificativa del devengo de comisiones bancarias por descubierto.

2.- En el desarrollo del primer motivo argumenta la parte recurrente, en síntesis, que la sentencia impugnada no aplica la normativa citada y se opone a la jurisprudencia reseñada al consentir el devengo de comisiones bancarias por descubierto 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; que la resolución recurrida confunde la ausencia de duplicidad en el cobro, aduciendo que no resulta acreditado que de manera cumulativa al cobro de comisiones se repercutan adicionalmente intereses de demora al cliente, sin exigir una justificación objetiva del devengo de la citada comisión que sólo puede responder a un servicio prestado o a un gasto que la entidad bancaria haya tenido que soportar adicionalmente; que la sentencia recurrida equipara erróneamente intereses de demora con comisiones por descubierto, no siendo equivalentes pues el ordenamiento jurídico únicamente reconoce la función indemnizatoria por el incumplimiento de la obligación de pago a los intereses de demora.

En cuanto al segundo motivo, argumenta que la falta de causa sobreviene por no corresponder la comisión de descubierto a ningún servicio efectivo y por su incompatibilidad para sancionar el impago, reiterando que dicha función corresponde exclusivamente a los intereses de demora; señala la existencia de diversas sentencias de Audiencias Provinciales que considera contradictorias sobre este extremo.

Dada la evidente relación argumental existente entre ambos motivos se resolverán conjuntamente.

**TERCERO.-** *Decisión de la sala. La comisión por descubierto o excedido en cuenta. Falta de duplicidad con los intereses de demora. Desestimación.*

1.- *Legislación aplicable en materia de comisiones bancarias.*

La legislación financiera contiene normas de transparencia destinadas a la protección del cliente de los servicios bancarios, más allá de la legislación general de defensa de los consumidores, que se han venido desplegando a través del desarrollo del art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Este precepto, respondiendo a la citada finalidad, y sin perjuicio de la libertad de contratación, facultó al Ministerio de Economía para dictar las normas necesarias para dotar de transparencia las relaciones entre las entidades de crédito y sus clientes.

Al amparo de la citada norma, del art. 29.2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y de la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, se dictó la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Bajo el amparo de las referidas normas legales, la normativa bancaria básica sobre comisiones está constituida por la citada Orden EHA/2899/2011, junto con 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, por 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 Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera). A su vez, el art. 1.4 de la Ley 16/2009 (actualmente el art. 2.3 del RDL 19/2018) deja a salvo lo previsto en la legislación sobre contratos de crédito al consumo (actualmente integrada por la Ley 16/2011, de 24 de junio).

2.- Conforme a esta normativa, para que las entidades puedan cobrar comisiones a sus clientes deben cumplirse dos requisitos: que retribuyan un servicio real prestado al cliente y 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.

### 3.- La comisión de descubierto o excedido en cuenta.

En particular, en cuanto a la comisión de descubierto o excedido en cuenta, es necesario comenzar analizando el contenido del servicio a que se refiere. Según el Banco de España (Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2018), el descubierto en cuenta corriente supone, en la práctica bancaria, 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". Es decir, tales pagos se cargan en la cuenta a pesar de que el saldo no sea suficiente.

Esta figura o servicio bancario constituye una operación de crédito que ya había sido reconocida como tal por la jurisprudencia y la legislación con anterioridad al inicio del periodo de tiempo a que se refieren los hechos de este litigio (años 2002-2016). La sentencia de esta sala núm. 682/1994, de 11 de julio, citando la anterior de 25 de noviembre de 1989, afirma:

"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".

Y por tal razón la citada sentencia consideró que al permitir la entidad de crédito descubiertos por encima del "haber" de la cuenta corriente lo que hacía en realidad era "conceder un crédito por dicho exceso".

Este específico servicio bancario se encuentra no sólo reconocido jurisprudencialmente, sino también tipificado normativamente en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que se refiere al mismo en su art. 4.1 en los siguientes términos:

"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 a la vista del consumidor. [...]"

A continuación el mismo artículo, en su apartado 2, se refiere a la figura del "descubierto tácito" definiéndolo como "aquel descubierto 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".

Junto a dicha figura se encuentra otra próxima pero diferente cual es la del "excedido tácito", que es, según el apartado 3 del mismo artículo, 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". Facilidad crediticia que, como señala el Banco de España, en una cuenta de crédito representa la cantidad por principal de la que dispone el acreditado, con autorización de la entidad, fuera de los límites del crédito y durante su vigencia, por lo que no puede considerarse como excedido el principal del crédito una vez vencido este, ni las cantidades por intereses moratorios o convencionales que se acumulen al principal.

4.- La regulación de la concreta figura del "descubierto tácito", que es la que ha generado las comisiones objeto de este litigio, se contiene específicamente en el art. 20 de la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo, del que, en lo que ahora interesa, resulta: (i) que entre la información que el prestamista debe proporcionar al consumidor (en caso de "descubierto tácito importante") figura la relativa a "las posibles penalizaciones, gastos o intereses de demora aplicables" - art. 20.3, d) -; y (ii) que en ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos a los que se refiere este artículo un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero - art. 20.4 -. A su vez, para calcular la tasa anual equivalente se determinará el coste total del crédito para el consumidor, exceptuando los gastos que haya de pagar por el incumplimiento de sus obligaciones (art. 32.2 LCCC), coste total que incluye todos los gastos que supone para el consumidor, incluidos los intereses, las comisiones, los impuestos y cualquier otro tipo de gastos (art. 6, a).

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).

Por su parte, el Banco de España en su Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2018, reflejando lo que resulta del grupo normativo reseñado, se refiere a la licitud y límites de los intereses y comisiones por descubierto, y afirma:

"Una vez admitida por la entidad la apertura del descubierto, está en su legítimo derecho de exigir el pago de los intereses y de las comisiones estipuladas en el contrato de la cuenta corriente para saldos deudores, con las limitaciones establecidas por la Ley. Así, la LCCC establece en su artículo 20.4 que en ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos -tácitos- en cuenta corriente a la vista de consumidores un tipo de interés que dé lugar a una TAE superior a 2,5 veces el interés legal del dinero".

**5.-** 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".

Se trata de una comisión distinta a la comisión por reclamación de posiciones deudoras (a la que se nos referimos en nuestra sentencia 566/2019, de 25 de octubre), pues cada una de ellas retribuye servicios distintos. La referida Memoria del Banco de España deslinda 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)".

De todo lo antes dicho, en lo que aquí resulta de interés, resulta que: (i) el descubierto tácito en cuenta es un servicio bancario consistente en la concesión de una facilidad crediticia (crédito cfr. art. 20.4 LCCC) al titular de la cuenta mediante la autorización de cargos que exceden el importe del saldo disponible; (ii) dicho servicio bancario puede ser retribuido mediante una contraprestación, que puede revestir la forma de intereses o comisiones por descubierto; (iii) las citadas comisiones resultan válidas y lícitas siempre que, además de cumplirse con los correspondientes deberes de información: a) respeten el límite máximo equivalente a una tasa anual equivalente (TAE) superior a 2,5 veces el interés legal del dinero (incluidos los conceptos previstos en el art. 32.2 LCCC); b) 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 c) no se aplicable más de una vez en cada período de liquidación, aunque se generen varios descubiertos dentro de un mismo período.

**6.-** *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, como hemos visto, 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.



Diversamente los intereses de demora tienen una finalidad indemnizatorias 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:

"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"

7.- 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.

Como afirmó la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17, *Gyula Kiss*), el Tribunal ha declarado que, aunque el prestamista no está obligado a precisar en el contrato la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en una o varias cláusulas contractuales, no obstante "habida cuenta de la protección que la Directiva 93/13 pretende conceder al consumidor [...] el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que aquellos retribuyen".

A su vez, la STJUE de 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/13, *Matei*), referida -entre otras- a una denominada "comisión de riesgo", declaró que 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.

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, a fin de evitar la abusividad prevista en el art. 87.5 TRLGCU (cobro de servicios no prestados).

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 sobre protección de consumidores 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, relativa a los contratos de crédito al consumo.

**8.-** El caso objeto de la presente litis. Existencia del servicio de descubierto, devengo de la comisión de descubierto, e inexistencia de intereses de demora.

En el caso objeto del presente pleito, conforme a la valoración probatoria hecha en las instancias, no se ha producido la duplicidad proscrita del devengo simultáneo y para unas mismas cantidades de intereses de demora y de comisión por descubierto. Igualmente resulta de la prueba practicada que el descubierto tácito (servicio de concesión de facilidad crediticia en los términos en que lo hemos descrito) ha sido real y efectivamente prestado durante un amplio periodo de tiempo (entre 2002 y 2016). Como se afirma en la sentencia recurrida:

"de la prueba documental aportada se infiere que la situación de descubierto se produjo en varias ocasiones, no obstante lo cual se atendieron recibos o se realizaron reintegros por medio de cajero, constando en consecuencia que pese a carecer de efectivo la actora disfrutaba de un servicio de caja que le permitía retirar efectivo y atender pagos con regularidad, argumentando a partir de lo anterior que debe merecer un trato distinto esta comisión de las relativas a las posiciones deudoras, toda vez que en el caso de los descubiertos o excedidos la entidad bancaria da un servicio a la demandante en cuanto posibilita que pueda continuar realizando servicios de Caja, produciéndose una situación de reciprocidad entre la existencia del descubierto y el cargo de la comisión; y por último, y a diferencia de lo que sucede respecto a las comisiones por posiciones deudoras, los cargos resultan oscilantes, fluctuando la cantidad en función del descubierto".

Por tanto, el servicio se produjo, y hubo reciprocidad entre la prestación de los servicios citados y la comisión devengada y cargada. Además, dicha 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, y no constan incumplidos los límites cuantitativos (2,5 veces el interés legal del dinero) que impone el art. 20.4 LCCC. Por tanto, estamos en presencia de un contrato oneroso con causa existente y lícita (concesión del crédito en que consiste el descubierto para el deudor y cobro de la comisión para el acreedor), conforme a los arts. 1.274 y 1.275 CC.

Las dos sentencias de esta sala citadas como infringidas en el primer motivo (669/2001, de 28 de junio, y 584/2008, de 23 de junio), la primera sobre si los intereses de demora son reclamables en ausencia de pacto y la segunda sobre la repercusión de gastos por devolución de efectos, no guardan relación con la *ratio decidendi* de la resolución recurrida.

**9.-** Como consecuencia de todo ello el recurso de casación debe ser desestimado.

**CUARTO.-** Costas y depósito

**1.-** De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

**2.-** Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

## 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 de casación interpuesto por D.ª Carina contra la sentencia n.º 135/2017, de 7 de abril, dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el recurso de apelación núm. 101/2017.

**2.º-** Condenar a la recurrente al pago de las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.

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.