

AUDIENCIA PROVINCIAL CÓRDOBA
SECCION N° 3

SENTENCIA N °39/10

CONSTITUIDO EL PRESENTE TRIBUNAL, CON CARÁCTER UNIPERSONAL, POR EL MAGISTRADO ILMO. SR. D. PEDRO JOSE VELA TORRES

JUZGADO DE ORIGEN: JUZGADO MIXTO N° 1 DE MONTORO
ROLLO DE APELACIÓN N° 40/2010
JUICIO VERBAL N° 247/2009

En la Ciudad de CORDOBA a quince de marzo de dos mil diez

Visto y examinado el presente recurso de apelación por el Magistrado arriba mencionado, interpuesto contra autos de J VERBAL 247/2009 seguidos en el JUZGADO MIXTO N° 1 DE MONTORO entre el demandante SL. representado por el Procurador Sr RITA SARCOLI GENTILI y defendido por el Letrado Sr. JAVIER DE LA TORRE AGUILAR, y el demandado BANESTO representado por el Procurador Sr. AMALIA GUERRERO MOLINA y defendido por el Letrado Sr. JIMÉNEZ GUTIÉRREZ, pendientes en esta Sala a virtud de recurso de apelación interpuesto por la representación de la parte demandante contra sentencia de 21/11/09 recaída en autos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que seguido el juicio por sus trámites se dictó sentencia por el Sr Juez del JUZGADO MIXTO N° 1 DE MONTORO cuyo fallo es como sigue: Que desestimo la demanda formulada por SL, representada por el Procurador de los Tribunales, Sr López Aguilar, contra BANCO ESPANOL DE CREDITO, representado por el Procurador Sr. López Rodríguez, absolviendo al referido demandado de las pretensiones contra ellos deducidas en el presente proceso, condenando a la parte actora al pago de las costas causadas a su instancia.”.

SEGUNDO.- Que contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de SL que fue admitido en ambos efectos, oponiéndose al mismo la parte contraria, remitiéndose los autos a este Tribunal previo emplazamiento de las partes y dándose traslado de los mismo al Magistrado Ponente para que dictara la resolución precedente.

TERCERO.- Que en la tramitación de las dos instancias de este juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como quiera que parece que las partes centran en el debate en la supuesta contradicción entre el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de esta Audiencia Provincial de 16 de junio de 2006 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2008, debe advertirse que, como ya dijo esta misma Sección en Sentencia de 27 de febrero de 2009, no existe tal aparente contradicción, puesto que el Tribunal Supremo en dicha Sentencia resuelve un caso en que se da por probado que la entidad bancaria sí había desarrollado una actividad que generaba el derecho a la retribución [comisión] y en su fundamento jurídico tercero “in fine” viene a sostener de forma expresa lo que este Tribunal provincial ya mantenía, al decir que las normas de disciplina del contrato imponen que “no cabe reclamar comisiones por servicios no prestados efectivamente ni repercutir gastos que no hayan sido habidos”.

SEGUNDO.- En las resoluciones que ha dictado esta Sección 3ª en aplicación del mencionado Acuerdo de Pleno (verbigracia, Sentencias de 7 de junio y 21 de septiembre de 2007 y 27 de febrero de 2009) se ha establecido que para que el abono de la comisión por devolución de efectos impagados sea jurídicamente exigible son precisos los siguientes requisitos:

A) Que exista un pacto entre las partes que justifique el cobro de la comisión de devolución por parte de la entidad. Pero ese pacto no puede surgir a la vida jurídica de cualquier forma, sino que por exigencias de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y más concretamente de su art. 48-2, desarrollado por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989, asimismo desarrollada por la Circular del Banco de España 8/1 990, de 7 de septiembre, relativa a la transparencia de las operaciones y la protección de la clientela, el pacto en el que se establezca la citada comisión por devolución, debe de determinar de una forma explícita y clara, el concepto y la cuantía concreta de la misma. Debe de tratarse, en suma, de un documento contractual, en el que se deberá hacer constar, con claridad y precisión, el concepto de la comisión, cuantía, fecha de devengo y liquidación, así como cualquier otro dato necesario para el cálculo del importe absoluto de la misma. Esta exigencia de claridad y precisión no cabe sustituirla con la remisión genérica a las tarifas que en cada momento publique la entidad, pues así deriva de la norma genérica contenida en el art. 1.256 del Código Civil (“La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”) y del apartado b), del punto 4, del número 7 de la citada Orden Ministerial, que en relación a esta materia establece no serán admisibles, a estos efectos, las remisiones genéricas a las tarifas a que se refiere el número quinto de esta Orden”.

B) Que la comisión de devolución corresponda verdaderamente a la prestación de un servicio. Ahora bien, dicha idea debe de ser debidamente matizada. En efecto, el contrato de comisión (equivalente mercantil del contrato civil del mandato, conforme a los artículos 247 del Código de Comercio y 1.709 del Código Civil), consiste, según este último precepto, en “prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra”. Y ese servicio, que no es otro que la gestión de cobro, consiste en presentar al cobro el documento previamente entregado y aceptado por el banco, debiendo éste a continuación entregar, bien el dinero, bien el efecto impagado a su cliente. En conclusión, no se puede cobrar una comisión de devolución, ya que el hecho de comunicar el impago no es un nuevo servicio, sino la cumplimentación de otro anterior, el del cobro de efectos. En esta misma línea discursiva se expresa el propio Banco de España, cuando en su Circular 8/1 990, sobre transparencia de las operaciones bancarias y protección de la clientela, establece: “Las comisiones y gastos repercutidos deben de responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente”.

TERCERO.- De lo expuesto hasta ahora se desprende que en esta materia rige el “principio de realidad del servicio remunerado” (precisamente es lo que afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2008 en el párrafo antes transcrito), ya que en otro caso habría que pensar que se trata de una imposición arbitraria y, por ende, carente de causa. Ello desplaza sobre la entidad financiera la necesidad de probar cuáles son esos gastos habidos y potencialmente repercutibles, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fecha, etc., sin que a estos efectos valga alusión genérica o pacto alguno de inversión de la citada prueba, pues sería una condición general de la contratación manifiestamente ilícita, por vulneración del artículo 1.256 del Código Civil. No comprendiéndose, por otra parte, cuáles serán los gastos que, asociados al precio mismo de la gestión de cobro (normalmente derivada de un descuento suficientemente retribuido tanto por vía de comisión como por el concepto de intereses) puede originar la devolución del efecto impagado, pues -al margen de que el impago de un efecto es racionalmente previsible, ya que no es más que uno de los dos resultados de la gestión de cobro encomendada- normalmente se trata de una operación meramente material, que sin embargo, de forma más incomprensible aún, con independencia de la mayor o menor complejidad que esa estricta labor material pueda puntualmente suponer, se cuantifica, no solo salvando un inexplicado mínimo, sino sobre un porcentaje del nominal del efecto, pudiendo llegar a veces a alcanzar la mera confección de un apunte contable un precio totalmente desorbitado; máxime cuando en orden a la notificación al cliente y la restitución del efecto, lo cierto es que suele cobrarse el correo que ello supone, de una forma independiente a la misma comisión por devolución.

No empece a nada de lo antes expuesto, la alegación de que la devolución de comisión compense el riesgo que sufren las entidades, pues al margen de que ese riesgo del cedente ya viene compensado por vía del interés que se establece en el descuento, lo cierto es que no hay riesgo derivado del deudor para el banco, ya que éste toma los documentos para su cobro salvo buen fin (artículo 1.170 del Código Civil), esto es, sin asumir riesgo alguno derivado del impago. Tampoco obsta a nada de lo anterior, el hecho de que el cliente continúe descontando remesas de efectos a pesar de que se le estén cargando en cuenta dichas comisiones, durante un tiempo más o menos prolongado; no hay aceptación tácita o acto propio, pues la doctrina que desarrolla tales conceptos no es aplicable en beneficio de una entidad que tiene que cumplir con normas de carácter imperativo (Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito y Orden y Circular antes citadas), y si no lo hace, no puede suplirse ese incumplimiento con el hecho de que el cliente no reclame, máxime cuando normalmente éste se encuentra respecto de la entidad en una situación de relevante dependencia financiera.

CUARTO.- Como consecuencia de lo expuesto, trasladando todo cuanto antecede al caso de autos, debe estimarse el recurso de apelación. En efecto, ni la prueba documental, ni las declaraciones de los representantes de las partes han acreditado que la entidad actora supiese exactamente el importe que en cada caso debía abonar por la comisión discutida; y su representante legal no admitió haber consentido abonarla, sino que explicó que la pagaba porque creía erróneamente que era debida. Y a su vez, no consta que el banco prestara ningún servicio específico, a resultas del impago de los efectos, que justificara el cobro de una contraprestación en forma de comisión. Por tanto, no apreciándose que en el caso de autos concurren los requisitos que, en torno al pacto y al efectivo desempeño de un servicio añadido a la mera gestión de cobro, se expusieron con anterioridad en relación con la comisión bancaria por devolución jurídicamente exigible, procede revocar la sentencia apelada, dando lugar a la estimación de la demanda.

QUINTO.- La estimación del recurso de apelación conlleva la estimación íntegra de la demanda, por lo que deben imponerse las costas de primera instancia a la parte demandada, conforme al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Mientras que no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por este recurso, a tenor del artículo 398 2 de la propia Ley

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de pertinente y general aplicación

FALLO

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la compañía mercantil “ SL.” contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Montoro, con fecha 20 de noviembre de 2009, en el Juicio Verbal nº 247/09, debemos revocar y revocamos en su totalidad dicha sentencia. Y en su lugar, estimando íntegramente la demanda inicial del proceso, debemos condenar y condenamos a “Banco Español de Crédito, S.A.” a que abone a “ SL.” la suma de 1.134,64 euros, más el interés legal de dicha cantidad desde la fecha de la citación de la demandada a juicio, así como al pago de las costas de primera instancia. Sin hacer expresa imposición de las costas de la apelación.

Notifíquese esta sentencia a las partes con indicación de que contra ella no cabe recurso ordinario alguno.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de 1ª Instancia de procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su conocimiento y efectos.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará certificación literal al rollo de su razón, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronuncio, mando y firmo.