

**SENTENCIA Nº 149/2011**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA  
SECCIÓN PRIMERA**

**Ilmos. Sres:**

**PRESIDENTE:**

D. EDUARDO BAENA RUIZ

**MAGISTRADOS:**

D. PEDRO ROQUE VILLAMOR MONTORO

D. FELIX DEGAYON ROJO

**APELACIÓN CIVIL**

Procedimiento Ordinario nº 881/2010

Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Córdoba

**Rollo: 152/11**

En la ciudad de Córdoba a doce de mayo de dos mil once.

La Sección Primera de esta Audiencia ha visto y examinado el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada en los autos referenciados, seguidos a instancia de **S.L.**, representada por la Procuradora Sra. Sarcoli Gentili, y defendida por el Letrado Sr. De la Torre Aguilar, contra **BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A.**, representado por la Procuradora Sra. Amalia Guerrero Molina y defendido por el Letrado Sr. Francisco Javier Pérez Cañas, sobre reclamación de cantidad, siendo en esta alzada parte apelante, y parte apelada, pendientes en esta Sala en virtud de la apelación interpuesta, siendo Ponente del recurso el Ilmo. Sr. Presidente de esta Audiencia Provincial **D. EDUARDO BAENA RUIZ**.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la Sentencia recurrida y,

**PRIMERO.-** Por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Córdoba, con fecha 14 de Enero de 2.011, se dictó Sentencia cuyo **FALLO** dice en su tenor literal así:

“Que estimando la demanda interpuesta por la representación procesal de S.L, representada por la Procuradora Sra. Sarcoli Gentili, y defendida por el Letrado Sr. De la Torre Aguilar, contra el Banco Español de Crédito, debo condenar y condeno a este último al pago al actor de la cantidad de 29.298,16 euros, más intereses legales y con expresa condena al pago de las costas causadas, de acuerdo con lo expresado en el Fundamento tercero de esta resolución.”

**SEGUNDO.-** Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de **BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A.**, y, admitido a trámite, el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a esta Sección de esta Audiencia, donde se turnó de ponencia.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Una vez más se plantea por el Banco recurrente la cuestión relativa a la corrección del cobro de comisiones de devolución en el marco de un contrato de descuento.

**SEGUNDO.-** Este tema, no pacífico y muy debatido, ha sido objeto de atención por las diferentes Secciones de esta Audiencia, si bien no pueden hacerse extrapolaciones generales de casos concretos y singulares.

Recientemente nos pronunciábamos al efecto (S. 25-3-2011) y traíamos a colación la Sentencia de la Sección 3ª de 15 de marzo de 2.010 que hace un acabado estudio de la cuestión en los siguientes términos:

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”*.

En las resoluciones que ha dictado esta Sección 3ª en apelación 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 26/1998, 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 8/1770, 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 8/1990, 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."*

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 de 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, cuales 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 mas 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.

**TERCERO.-** Si se aplica la citada doctrina al caso presente la conclusión debe ser la desestimación del recurso, ya que, como afirma la sentencia de instancia, no se ha practicado prueba que acredite la existencia de un verdadero servicio remunerado que exceda de los apuntes contables propios del contrato en sí.

Pero es que, además, basta con examinar el clausulado del contrato para apreciar que la comisión pactada es de cuantía imprecisa, remitiendo al porcentaje "pactado entre las partes en cada momento", siendo evidente que los pactos brillan por su ausencia, con apuntes por comisión que exceden de los de intereses de demora sin servicios que justifiquen lo desmesurado del cobro.

**CUARTO.-** Por lo "ut supra" razonado procede desestimar el recurso con expresa condena de la parte recurrente a las costas de esta alzada.

**Vistos** los artículos citados, concordantes y demás de general aplicación.

### **FALLAMOS**

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A.**, contra Sentencia de 14 de Enero de 2.011 dictada en el Procedimiento Ordinario nº 881/10 seguido por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Córdoba, debemos confirmar y confirmamos meritada resolución con expresa condena de la parte recurrente a las costas de esta alzada.

Se condena a la parte apelante a la pérdida de la totalidad del depósito constituido para la interposición del presente recurso.

No ha lugar a recurso ordinario alguno contra la presente resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes, y verificado, expídase testimonio de la misma y, con los autos originales, remítase al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta Sentencia, lo acordamos, mandamos y firmamos.

**DILIGENCIA.-** El original de la presente Sentencia se lleva al libro de sentencias y resoluciones definitivas para publicidad legal, quedando testimonio unido a autos a efectos de documentación. Doy fe.

