



AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA
SECCIÓN PRIMERA

APELACIÓN DE JUICIO ORDINARIO

Sección 1ª .Rollo 193/11

Juicio ordinario nº 1709/09

Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Córdoba

Ilmos. Sres.


Presidente:

D. Eduardo Baena Ruiz

Magistrados:

D. Pedro Roque Villamor Montoro

D. Felix Degayón Rojo

 **PROCURADOR DE
LOS TRIBUNALES**
MARÍA LUISA
ESPINOSA DE LOS MONTEROS LÓPEZ

20 SEP 2011

Ronda de los Tejares, nº 18 - pl. 5º 1
Tlf. 957 477 569 - 527 528 468
14001 CORDOBA

NOTIFICACIÓN



SENTENCIA Nº 265/11

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

En la ciudad de Córdoba, a 14 de septiembre 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 la mercantil

S.L. representada por la Procuradora Sra. Espinosa de los Monteros y asistida del Letrado Sr. de la Torre Aguilar contra **MONTE DE PIEDAD Y CAJA GENERAL DE AHORROS DE BADAJOZ**, representada por la Procuradora Sra. Ramiro Gómez y asistida del Letrado Sr. Jordano Salinas, siendo en esta alzada la parte apelante la entidad **MONTE DE PIEDAD Y CAJA GENERAL DE AHORROS DE BADAJOZ** en virtud de la apelación interpuesta, siendo Ponente del recurso el Ilmo. Sr. Magistrado de esta Audiencia Provincial **DON FELIX DEGAYON ROJO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida, y:

PRIMERO.- Seguido el juicio por su trámite, se dictó sentencia por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Córdoba con fecha 27 de diciembre de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue: **“QUE ESTIMANDO LA DEMANDA** presentada por la Procuradora Sra. Espinosa de los Monteros López actuando en nombre y representación acreditada de



SL contra CAJA DE BADAJOZ representada por la Procuradora Sra. Ramiro Gómez **DEBO CONDENAR Y CONDENO** a la referida demandada a abonar a la actora la cantidad de 9.825,58 euros con más los intereses moratorios legales de la cantidad anterior desde la interpelación judicial y hasta el completo pago de la cantidad adeudada y todo ello sin que proceda efectuar especial pronunciamiento en materia de costas procesales”.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a esta Sección de la Audiencia, donde recibido fue turnado, habiéndose celebrado deliberación el día 14 de septiembre de dos mil once.

TERCERO.- En la tramitación de esta alzada se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS



Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, y

PRIMERO.- La sentencia dictada en primera instancia estima la demanda formulada en su día por la entidad S.L. y condena a la parte demandada, Caja de Badajoz a abonar a la actora la suma de 9.825,58 euros a que asciende el importe de las comisiones de devolución de efectos cobradas en su día por la demandada, más el interés legal desde la interposición judicial, con imposición a la parte demandada de las costas procesales.

Frente a la indicada sentencia se alza como apelante la entidad Caja de Badajoz alegando en primer término vulneración de lo dispuesto en el art. 24 de la Constitución Española, en cuanto al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y a la utilización de las pruebas pertinentes para la defensa. Tal motivo de impugnación viene a atacar la decisión del Juzgado de inadmitir determinadas pruebas propuestas en la anterior instancia y reiteradas en esta alzada, cuyas pruebas también han sido denegadas por esta Sala en virtud de sendos autos cuya fundamentación se ratifica. No obstante, y dada la insistencia de la parte, procede reiterar que el análisis de la contabilidad de la entidad demandante no constituye el objeto de este litigio, por más que la recurrente se empece en ello, pues si, como dejó dicho la recurrente, la finalidad de dichas pruebas no es acreditar que las comisiones de devolución han sido cobradas por la demandante a sus propios clientes al no constituir tal extremo un motivo de impugnación, no se alcanza a



comprender en qué medida pueden influir las pruebas propuestas en el resultado del pleito, sin que la parte apelante aclare tal extremo, de ahí que, como se razona en el auto resolutorio del recurso de reposición, la denegación de pruebas es correcta en la medida en que responde a la inexistencia de conexión causal entre las mismas y el objeto del pleito y, por ende, a la falta de utilidad de las mismas en cuanto al esclarecimiento de los hechos controvertidos.

SEGUNDO.- En su expositivo segundo, la apelante alude en primer lugar a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2008 y a la existencia de resoluciones contrarias en las Audiencias Provinciales, para a continuación hacer referencia al resultado de las pruebas practicadas. Vuelve a plantearse en esta Audiencia, y en concreto en esta Sección, la procedencia del cobro de las comisiones de devolución de efectos descontados por una entidad financiera, a cuyo respecto ya decíamos en las sentencias de esta Sala de 17-6-11, 12-5-2011, 25-3-2011 y 15-3-2010 lo siguiente:

"..... 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 devenga 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, sustancialmente similar a los que fueron objeto de las resoluciones anteriores de esta Sala, la conclusión debe ser la desestimación del recurso, ya que, como afirma la sentencia de instancia, no ha quedado cuál es la actividad bancaria concreta que motiva el cobro de las comisiones a que se refiere este procedimiento, sin que puedan entenderse como tales meras anotaciones contables o la simple custodia de los documentos, actividades ya propias del descuento bancario.

En este sentido, la Sala respalda la valoración probatoria alcanzada por la sentencia apelada, pues una exposición genérica del testigo Sr. G M sobre su forma de proceder mientras fue jefe del Departamento de Cartera de Efectos en Caja de Badajoz no permite probar, ni siquiera por la vía de las presunciones, que las operaciones descuento bancario hayan generado además determinada actividad bancaria que justifique el pago de las comisiones pactadas. A este respecto debe recordarse una vez más que esta Sala ha reiterado en numerosas ocasiones, que la valoración de la prueba es una cuestión que nuestro ordenamiento deja al libre arbitrio del Juez de Instancia, en cuanto que la actividad intelectual de valoración de las pruebas se incardina en el ámbito propio de las facultades del juzgador, que resulta soberano en la evaluación de las mismas conforme a los rectos principios de la sana crítica, favorecido como se encuentra por la inmediación que le permitió presenciar personalmente el desarrollo de aquéllas. De tal suerte que, cuando se trata de valoración probatoria, la revisión de la Sentencia deberá centrarse en comprobar que aquélla aparece suficientemente





expresada en la resolución recurrida y que -como ocurre en el presente caso-, no adolece de error, arbitrariedad, insuficiencia, incongruencia o contradicción, sin que por lo demás resulte lícito sustituir el criterio independiente y objetivo del Juez de Instancia por el criterio personal e interesado de la parte recurrente, ya que el alcance del control jurisdiccional que supone la segunda instancia, en cuanto a la legalidad de la producción de las pruebas, la observancia de los principios rectores de la carga de la misma, y la racionalidad de los razonamientos, no puede extenderse al mayor o menor grado de credibilidad de los elementos probatorios, porque ello es una cuestión directamente relacionada con la inmediación del juzgador sentenciador en la primera instancia.

Procede, pues, en virtud de los argumentos expuestos, desestimar el citado motivo de impugnación y con ello el presente recurso.

CUARTO.- Desestimado el recurso, los arts. 394 y 398 LEC determinan la imposición de las costas procesales a la parte apelante, sin que existan motivos suficientes para resolver de otro modo.

QUINTO.- Conforme a la Disposición Adicional Decimoquinta, nº 9, de la L.O. del Poder Judicial, la desestimación del recurso conlleva la pérdida del depósito constituido para su interposición, al que se dará el destino prevenido en el nº 10 de la citada Disposición.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y **DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Ramiro Gómez, en nombre y representación de la entidad MONTE DE PIEDAD Y CAJA GENERAL DE AHORROS DE BADAJOZ, siendo parte apelada la entidad

S.L., representada por la Procuradora Sra. Espinosa de los Monteros López, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de esta capital de 27 de diciembre de 2011, la cual se confirma íntegramente, imponiendo a la parte apelante las costas procesales de esta alzada.

Se condena a la entidad recurrente a la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso, al que se dará el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.





Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

