

10/202



Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción Único
de Priego de Córdoba

JUICIO ORDINARIO N° 742/2010

NOTIFICADO
27-1-12

S E N T E N C I A N°

En Priego de Córdoba, a 23 de enero de 2012.

Vistos y examinados los presentes autos n° 282/09, de **juicio ordinario** por D Dña. Inmaculada Ruiz del Real, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Único de Priego de Córdoba y su partido; seguidos a instancia de la entidad S.L., representada por la Procuradora Sra. Santisteban Sánchez y asistida por el Letrado Sr. De la Torre Aguilar; contra la entidad bancaria Banco de Andalucía (hoy Banco Popular), representada por el Procurador Sr. Castilla Linares, y asistida por el Letrado Sr. Lozano Estévez;

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Sra. Santisteban Sánchez, se presentó demanda de juicio ordinario en representación de la entidad S.L., contra la entidad bancaria Banco de Andalucía S.A., (hoy Banco Popular) en la sucursal sita en la c/ Carrera de las Monjas, 11, de la localidad de Priego de Córdoba, haciendo constar que la actora ha procedido a ceder créditos comerciales y descontar o negociar efectos mercantiles en la oficina



señalada de la entidad demandada.

El Banco de Andalucía S.A., (hoy Banco Popular) al descontar y negociar los efectos comerciales o ser cedidos los créditos comerciales ha percibido una comisión de descuento o negociación. De igual modo, la entidad bancaria, al no ser atendidos los efectos mercantiles o créditos comerciales ha procedido a cargar y cobrar en concepto de comisión por devolución gastos por un importe de 11.162,15 euros; alegando posteriormente los fundamentos jurídicos que estimó de aplicación, y terminaba con la súplica se condene a la demandada a abonar al demandante la suma de 11.162,15 euros más los intereses legales correspondientes y las costas causadas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se dio traslado por 20 días de la misma a la demandada para su personación y contestación, personándose en los autos representado por el Procurador Sr. Castilla Linares, oponiéndose a las pretensiones contra ella deducidas y solicitando se desestimase la demanda absolviendo del petitum en ella contenida.

TERCERO.- Con fecha de 13 de julio de 2011, se celebró la audiencia previa, ratificándose las partes en sus escritos iniciales, concretando los hechos litigiosos y proponiendo prueba siendo declarada pertinente la siguiente: interrogatorio de parte, documental y testifical.

CUARTO.- Con fecha de 9 de enero de 2012 se celebró el juicio durante el cual se practicaron las pruebas que fueron declaradas pertinentes, manifestando posteriormente las partes sus conclusiones reiterando sus pretensiones de condena y absolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente caso la parte demandante ejercita una acción de reclamación de cantidad sobre la base del cobro indebido por parte de la demandada de una serie de comisiones de devolución como consecuencia de las cesiones de créditos comerciales, descuentos o negociaciones de efectos mercantiles siendo éstas ilegales al no ajustarse a la normativa aplicable.

La entidad demandada, sin embargo, se opuso a la reclamación efectuada alegando en primer lugar que la parte actora no acredita en modo alguno el cobro efectivo de las comisiones cuyo cuantía constituye el objeto de reclamación por parte de la entidad bancaria. Además, argumenta que las comisiones litigiosas son plenamente válidas en el caso de autos, ya que fueron expresamente contratados y pactados con la demandante la cual, además, actúa para la financiación de su actuación profesional, sin que se pueda aducir desconociendo de dichos devengos ya que incluso con posterioridad a la presentación de la demanda origen de autos la actora ha seguido descontando y negociando efectos mercantiles con la demandada, estando, además, plenamente justificados su devengos por las actuaciones concretas efectivamente llevadas a cabo por la entidad bancaria en la negociación y descuento de dichos efectos mercantiles.

SEGUNDO.- Antes de proceder a dilucidar si la reclamación efectuada en el presente proceso procede en atención a la valoración de la actividad probatoria desplegada conforme a las reglas que sobre carga de la prueba contiene el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se ha concretar la doctrina jurisprudencial existente sobre la

cuestión litigiosa, debiéndose concretar previamente el negocio jurídico en el que la reclamación surge. Así, el contrato de descuento bancario donde dicha comisión se ha generado, puede ser definido como aquel negocio jurídico por el cual una persona física o jurídica, generalmente una entidad bancaria, anticipa al cliente el importe de un crédito que éste tiene frente a un tercero, todavía no vencido, mediante la cesión del crédito mismo, salvo buen fin, con ciertas deducciones o descuentos (intereses, comisiones por gestión de cobranza, etc). El contrato de descuento no supone una cesión de crédito propiamente dicha, al ser esencial o implícita al mismo la llamada cláusula salvo buen fin del crédito cedido, según la cual si el deudor no paga al vencimiento, estará obligado a hacerlo el cedente. Su función económica es la de permitir al descontatario disponer del importe de un crédito antes de su vencimiento, instrumentándose la cesión de éste como garantía en pago de la operación.

Con dicho encuadre jurídico, y tal y como copiosamente se ha pronunciado la jurisprudencia de las Audiencias, para que el abono de la comisión por devolución de efectos impagados sea jurídicamente exigible es preciso, tal y como ejemplificativamente contiene la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 15 de marzo de 2010, sección 3ª, los siguientes requisitos:

" 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 8/1770, 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 , y del apartado b), del punto 4, del número 7 de la citada Orden Ministerial. (...)

* Que la comisión de devolución corresponda verdaderamente a la prestación de un servicio. (...) 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 igual modo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de abril de 2011 establece que para que una cláusula reguladora de una comisión bancaria, contenida en un contrato bancario tenga plena validez en derecho es necesario:



1°. Que dicha cláusula haya sido pactada en forma;

2°. Que obedezca a un servicio efectivamente prestado o un gasto habido;

3°. Así como que dicho servicio haya sido aceptado o solicitado por el cliente.

Que toda comisión, en cuanto parte de una cláusula de un contrato bancario, debe haber sido pactada en forma por las partes para su validez y eficacia, por así desprenderse de dos normas jurídicas fundamentales reguladoras de la disciplina de los contratos que nos ocupa, cuáles son: por un lado la Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que en su artículo 48.2 exige que estos contratos se formalicen por escrito y que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes, (...) ; así como, por otro lado, la Ley reguladora de las Condiciones Generales de la Contratación, claramente aplicable a los contratos que nos ocupan, en cuanto los mismos contienen condiciones generales a las que la otra parte simplemente se adhiere, ley que exige que la cláusula o condición general se haya pactado expresamente por las partes, y no sólo eso, sino además que sea clara y precisa, de suerte que en caso de incumplimiento de estos requisitos la sanción será la no incorporación o en su caso la nulidad de la cláusula en cuestión.

(...). En consecuencia, el requisito que nos ocupa relativo a que la cláusula reguladora de la Comisión bancaria haya sido pactada en forma, por un lado excluye todas aquellas comisiones de origen exclusivamente unilateral, exigiéndose que las mismas nazcan del previo convenio o acuerdo entre las partes, expreso en el sentido de indubitado, acuerdo que además, desde este punto de vista

formal, exige que en su contenido reúna los requisitos de claridad, precisión y transparencia para su correcta comprensión por la parte adherente."

TERCERO.- Teniendo en cuenta lo anterior se ha de determinar si en el presente caso concurren los presupuestos precisos para la exigibilidad de la comisión por devolución de efectos impagados, para de esta manera concluir la estimación o en su caso desestimación de la pretensión del actor.

En cuanto a la necesidad del pacto expreso de la comisión de devolución en concreto, el representante legal de la entidad demandante, D. Manuel Carrillo Aranda ha reconocido que desde hace más de 10 años la entidad demandada le ha estado cobrando comisiones de devolución si los efectos que con ella negociaba resultaban impagados, sin embargo, ha manifestado que él desconocía el porcentaje del interés en concreto que le cobraban por los impagos. Igualmente ha relatado que para ello había abierta una cuenta corriente y una cuenta "póliza", vinculada a ésta, de manera que si había que hacer anotaciones de cobro por impago se hacían en la cuenta corriente y si no había saldo positivo en ésta se hacía lo propio en la cuenta póliza a ella vinculada.

Al respecto, la entidad demandada, al igual que el testigo propuesto por ella, D. director de la sucursal en Priego de Córdoba cuando las comisiones litigiosas se generaron, ha alegado que cuando se firmó los contratos relativos a las remesas de efectos de cobros o descuentos de títulos cambiales, créditos para su anticipo y de órdenes de adeudos domiciliadas), el cliente fue informado, entre otros extremos, de la comisión que se le cobraría por la devolución derivada del impago de éstos, información que igualmente se le refleja en la comunicación que cuando esto ocurre se le dirige, concretando la

determinación del porcentaje de comisión aplicado tras la exhibición de los documentos aportados con el n° 1 al 10 junto a la demanda.

CUARTO.- Sin embargo, del análisis de la documental aportada junto al escrito de contestación a la demanda consistente en los contratos al respecto firmado por las partes, en el punto III impreso en el reverso de los mismos concretamente se estipula que *"el servicio prestado por el banco en la devolución de efectos que resulten impagados devengará una comisión de devolución cuyo importe máximo, a calcular sobre el nominal del efecto, se recoge en el manual de tarifas presentada ante el banco de España, y quedará reflejado en la carta de liquidación que junto a esta factura de cesión conforma el documento contractual."*

Sobre la claridad y precisión de los intereses y comisiones aplicables en los contratos bancarios resulta de especial relevancia el contenido de la Orden de 12 de diciembre de 1989 del Ministerio de Economía y Hacienda sobre tipos de interés y comisiones, actuación información a clientes y publicidad, que desarrolla la ya citada Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades Bancarias, de la que se extrae que los documentos contractuales relativos a las operaciones activas y pasivas en las que intervenga el tiempo, deberán recoger de forma explícita y clara las comisiones y gastos repercutibles que sean de aplicación, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación, así como en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo del importe absoluto de tales conceptos. No serán admisibles, a estos efectos, las remisiones genéricas a las tarifas que resulten aplicables en conformidad con dicha normativa, pronunciándose en idéntico

sentido la Circular 8 de 1990 del Banco de España relativa la transparencia de las operaciones de la protección de la clientela de las entidades de crédito, mediante la que se desarrolla la anterior orden ministerial.

En línea con lo anterior, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 21 de Septiembre de 2007 , por unanimidad de los magistrados de la Audiencia reunidos para debatir la cuestión y unificar criterios, se acordó en 16 de junio de 2006 que las "*denominadas comisiones de devolución de efectos impagados incluidas en los contratos de descuento bancario y similares son inexigibles por falta de causa, salvo que se acredite por la entidad bancaria la existencia de pacto expreso sobre el devengo de tales comisiones y que las mismas han correspondido a la prestación de un servicio efectivo, diferente de la mera comunicación del impago*", tal y como se ha constatado con anterioridad.

QUINTO.- En base a la anterior doctrina jurisprudencial de carácter menor y teniendo en cuenta los hechos concurrentes en el presente caso, a pesar de haber quedado probado que la entidad demandada ha comunicado en los respectivos documentos de liquidación que le iba notificando al la entidad actora donde se hacía constar el porcentaje concreto de comisión sobre el efecto devuelto, tal y como ha pormenorizado el Sr. durante su testifical de los contratos concertados y aportados por la propia demandada, que es precisamente donde surge la vinculación contractual entre los intervinientes, no se recoge de forma expresa cual sería la misma, de modo que, se desconoce por el descuentario en el momento de la firma del contrato, la cuantía de la comisión que se le iba a cobrar por la devolución de efectos impagados.



No puede admitirse, como pretende la entidad demandada, que el comportamiento de la entidad actora abonando dichas comisiones sin poner objeción al respecto implique una aceptación tácita de su devengo, ya que para que los propios actos devenguen tal consecuencia es preciso *"la observancia de un comportamiento con plena conciencia de crear, definir, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación o relación jurídica, actuación que debe ser concluyente, indubitada e inequívoca, de modo que entre la conducta anterior y la enjuiciada se aprecie sin dificultad una palpable incompatibilidad o contradicción"* y así se extrae del espíritu de las Sentencias del Tribunal Supremo 13 de abril de 1993 , 20 de diciembre de 1996 y 28 de enero de 2000 , referida en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 28 de abril de 2011, sin que pueda entenderse que el silencio o incluso el aquietamiento ante las liquidaciones que la entidad bancaria va practicando en cada momento equivale a la conformidad vinculante con las comisiones litigiosas, máxime la desigualdad en la posición contractual de los intervinientes en el presente caso.

SEXTO.- Igualmente, y como ya se había adelantado previamente, la jurisprudencia viene exigiendo que la procedencia del cobro de comisión por devolución debe estar fundamentada en la prestación de un servicio efectivo que diferencie tal comisión del resto de las cobradas por el contrato de gestión de cobro o por el contrato de descuento, es evidente que si en este caso se pactó el cobro de la comisión, y se ha acreditado que esta comisión corresponde a unos servicios expresamente prestados.

Por tanto, y teniendo en cuenta la vigencia del *"principio de realidad del servicio remunerado"* en línea con

el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2008, las normas de disciplina del contrato celebrado entre las partes y en el que subyace la posible percepción de dicha comisión de devolución por la entidad bancaria imponen que *"no cabe reclamar comisiones por servicios no prestados efectivamente ni repercutir gastos que no hayan sido habidos"*. 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, sin que en le presente caso, y sin perjuicio del relato fáctico de actuaciones que se devengan como consecuencia del impago previo, las mismas no han sido probadas en relación a estos supuestos en concreto por la entidad bancaria.

SÉPTIMO.- Por último, se ha cuestionado por la parte demandada el pago efectivo de las cantidades reclamadas en concepto de comisiones de devolución a instancia de la entidad actora. Al respecto ha argumentado que no se ha aportado las anotaciones bancarias acreditativas del cargo de dicha comisión. Sin embargo, tanto el representante legal de entidad demandante como el director de la sucursal en el periodo en el que las comisiones reclamadas se originaron con arreglo a la documental presentada han declarado y testificado respectivamente que la actora ha abonado todo lo debido sin que mantuviera deuda alguna con la entidad bancaria. Además, con los documentos aportados como n° 1 al 10 junto a la demanda, consistentes en avisos de efectos impagados, (documentos n° 1 y 3) y notificaciones por devoluciones de efectos impagados, (documentos n° 2, 4 a 10)



queda probado que con independencia de que en el momento de su emisión aún no se haya efectuado el cobro efectivo, tal y como ha explicado el Sr. Martínez Marín, la comisión, sin embargo, ya ha sido generada, y por tanto, reclamada al descontatario, la cual, en base al resto de prueba llevada a cabo se concluye que resultó abonada por éste al no tener deudas pendientes con la entidad.

Por tanto, y conforme a la doctrina expuesta y a las reglas sobre carga probatoria, al haber quedado constatado el cobro de las comisiones alegadas, y al no haberse justificado de contrario el pacto existente en relación a las mismas o en su caso, el ejercicio por parte de la entidad demandada de las prestaciones concretas e independientes que han generado la cuantía percibida en tal concepto, la cual se extrae de las comisiones de devolución reclamadas en los documentos nº 1 a 10 de la actora, es por lo que procede estimar la demanda presentada en la totalidad de su cuantía, 11.162,15 euros, en base a los fundamentos jurídicos aludidos anteriormente y acorde con los expuestos igualmente en la propia demanda.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede imponer las costas procesales a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

F A L L O

Que debo estimar y estimo la demanda presentada en representación de la entidad

S.L., contra la entidad bancaria Banco de

Andalucía (hoy Banco Popular), condenando a este última a abonar a la demandante la cantidad de 11.162,15 euros con los intereses legales que dicha cantidad devengue.

Con expresa imposición de costas a la parte demanda.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que contra la presente resolución, cabe recurso de apelación ante la Iltma. Audiencia Provincial de Córdoba, interponiéndose directamente ante este Juzgado en el plazo de 20 días, debiendo, consignarse con carácter previo la cantidad de 50 euros en la cuenta que para tal efecto se encuentra habilitada en este Juzgado.

Por esta mi sentencia definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.