

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA
SECCIÓN TERCERA

SENTENCIA Nº 232/12

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



JUZGADO DE ORIGEN: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº1 DE CORDOBA
ROLLO DE APELACIÓN Nº 310/2012
JUICIO VERBAL Nº 1831/2010

En la Ciudad de CORDOBA a once de octubre de dos mil doce.

Visto y examinado el presente recurso de apelación por el magistrado arriba mencionado, interpuesto contra sentencia dictada en autos de Juicio Verbal nº 1831/10 seguidos en el **JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 de CORDOBA** entre el demandante [REDACTED] representado por el Procurador Sr. [REDACTED] y defendido por el Letrado Sr. **JAVIER DE LA TORRE AGUILAR**, contra **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.** representado por el Procurador Sr. [REDACTED] y defendido por el Letrado Sr. [REDACTED] pendientes en esta Sala en virtud de recurso de apelación interpuesto por la representación de la parte demandante contra sentencia 29/6/12 recaída en autos.

Aceptando los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que seguido el juicio por sus trámites se dictó sentencia por el Sr. Juez del **JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº1 DE CORDOBA** cuyo fallo es como sigue: "*Que desestimando la demanda interpuesta por la representación procesal de [REDACTED] S.A., contra Banco Pastor, S.A, debo absolver y absuelvo a ésta última de todas las pretensiones ejercitadas en su contra, con expresa imposición de costas a la demandante, de acuerdo con lo expresado en el Fundamento tercero de esta resolución.*".

SEGUNDO.- Que contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de [REDACTED] **S.L.U.** que fue admitido en ambos efectos, oponiéndose al mismo la parte contraria, remitiéndose los autos a este Tribunal y dándose al recurso la sustanciación que la Ley previene para los de su clase, quedando las actuaciones pendientes de dictar resolución, tras la deliberación y votación de este recurso.

TERCERO.- Que en la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución apelada, y

PRIMERO.- Aunque la sentencia apelada se fundamenta formalmente en el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de esta Audiencia Provincial de 16 de junio de 2006, no profundiza en las conclusiones interpretativas que se desprenden del mismo, llegando a resultados materialmente diferentes a los contenidos en él. Como hemos ido diciendo 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, 27 de febrero de 2009 y 15 de marzo de 2010, entre otras) 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 (vigente en la fecha en que se suscribieron los contratos entre las partes), asimismo desarrollada por la Circular del Banco de España 8/1990, 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 determinar de una forma explícita y clara el concepto y la cuantía concreta de la misma. Debe 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; 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"*.

SEGUNDO.- De lo expuesto hasta ahora se desprende que en esta materia rige el "principio de realidad del servicio remunerado", como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2008, 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"*; 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 ya citado 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 posibles 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.

TERCERO.- 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 no es que el administrador de [REDACTED] reconociera haber consentido abonarla, sino que lo que argumentó es 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. La simple afirmación del director de la sucursal de que la devolución del efecto supusiera una mayor operativa bancaria no implica que efectivamente ello produzca un incremento de costes, más allá de los naturales del propio funcionamiento ordinario de la entidad, puesto que en su actividad mercantil ordinaria se incardina que determinados efectos cuya gestión de cobro realiza resulten impagados, pero ello ya está cubierto por la tasa de descuento, por los intereses y por la posibilidad de cobro del efecto al descontante o la ejecución de la póliza de descuento. 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.

CUARTO.- 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 Procuradora Sra. Sarcoli Gentili, en representación de la compañía mercantil "[REDACTED]" contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Córdoba, con fecha 29 de junio de 2012, en el Juicio Verbal nº 1831/10, debo revocar y revoco en su totalidad dicha sentencia. Y en su lugar, estimando íntegramente la demanda inicial del proceso, debo condenar y condeno a "Banco Popular Español, S.A." a que abone a "[REDACTED]" la suma de 4.101,87 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 como tribunal unipersonal, lo pronuncio, mando y firmo.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

DILIGENCIA DE CONSTANCIA.- Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que para el caso de que la misma fuere objeto de recurso se habrá de constituir el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., en su modificación 1/2009, de 3 de noviembre. Doy fe.

