



Roj: **SAP C 487/2015 - ECLI: ES:APC:2015:487**

Id Cendoj: **15030370052015100056**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **5**

Fecha: **03/03/2015**

Nº de Recurso: **361/2014**

Nº de Resolución: **84/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL CONDE NUÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00084/2015**

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**SECCION QUINTA**

**A CORUÑA**

**Rollo: 361/14**

**Proc. Origen:** Juicio Verbal Civil por razón de Cuantía núm.396/13

**Juzgado de Procedencia:** Juzgado de 1ª Instancia núm.4 de Betanzos

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña, constituida en Tribunal Unipersonal, ha pronunciado en nombre del Rey la siguiente:

**SENTENCIA Nº 84/15**

**Ilmo. Sr. Magistrado:**

DON MANUEL CONDE NÚÑEZ

En A CORUÑA, a tres de marzo de dos mil quince.

En el recurso de apelación civil número 361/14, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Betanzos, en Juicio Verbal Civil por razón de Cuantía núm. 396/13, sobre "reclamación de cantidad", siendo la cuantía del procedimiento 3014,43 euros, seguido entre partes: Como **APELANTE: DON Hipolito y DOÑA Belinda**, representada por el Procurador Sr. Aba Veiga como **APELADO: BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.**, representada por la Procuradora Sra. Sánchez Presedo.-

#### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Que por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Betanzos, con fecha 3 de abril de 2014, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice como sigue:

*" Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de Banco Popular Español, S.A. frente a D. Hipolito y Dª Belinda condenando solidariamente a estos últimos a abonar a la parte actora la cantidad de 3.014,43, así como las costas procesales. "*

**SEGUNDO.-** Notificada dicha sentencia a las partes, se interpuso contra la misma en tiempo y forma, recurso de apelación por la representación procesal de D. Hipolito y Doña Belinda que le fue admitido en ambos efectos, y remitidas las actuaciones a este Tribunal, y realizado el trámite oportuno se pasaron los autos al magistrado ponente.



**TERCERO.-** En la sustanciación del presente recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO I.-** La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Betanzos, acordó en su parte dispositiva la estimación íntegra de la demanda interpuesta por la representación procesal de Banco Popular Español, S.A. frente a D. Hipólito y Doña Belinda, condenando solidariamente a los demandados a abonar a la parte actora la cantidad de 3014,43 euros, así como las costas procesales.

En los fundamentos de derecho de la referida resolución se hacen constar las razones que conducen a su parte dispositiva, y, en concreto, las siguientes:

"Tercero.- No ha sido objeto de discusión que el saldo deudor que aquí se reclama, provenga del pago por parte de la entidad demandante de los recibos domiciliados por los demandados en la cuenta corriente bancaria de referencia. Luego ha quedado fijado como hecho incontrovertido y por lo tanto exento de prueba, la realidad de la deuda y el monto a que esta asciende.

En este sentido recuérdese que los demandados, a quienes les correspondía la carga probatoria de este extremo ex artículo 217 de la LEC, no han alegado ni probado que hubieren revocado la orden de pago dado al Banco con la apertura de la cuenta corriente correspondiente ni que hubieren dado orden de devolución de los recibos domiciliados en aquella cuenta y cuyo impago por falta de fondos imputable a los demandados ha generado el descubierto que aquí se reclama.

Invoca la parte demandada la presunta abusividad de la cláusula contractual 15º referida al devengo de intereses por descubierto y al cobro de comisiones bancarias por idéntico concepto. Establece esta cláusula que << *será de aplicación a los descubiertos en cuenta el tipo de interés (de consumidor o no consumidor según la naturaleza de la cuenta) vigente en el momento de la liquidación de acuerdo con lo pactado en este contrato, siendo el tipo inicial el indicado en el anverso. Los intereses serán liquidados con la periodicidad señalada en el anverso en función del número efectivo de días transcurridos en el periodo de liquidación y sobre la base de un año de 360 días. Los intereses devengados y vencidos se adeudarán en la cuenta y los no pagados devengarán como aumento del capital el mismo tipo de interés. Asimismo a los descubiertos se les aplicará una comisión al tipo vigente en el momento de su liquidación por el concepto de comisión de apertura sobre el mayor descuento contable en cada periodo de liquidación.*>>

Por su parte en las condiciones particulares del contrato se establece que la comisión sobre mayor descubierto será de un 2,50% y en aplicación de la ley de crédito al consumo la tae resultante no será superior a 2,5 veces el interés legal.

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, visto que el TAE efectivamente aplicado a favor de descubiertos fue del 10% (véase documentación adjunta), el juicio que este merece en relación con la normativa aplicable en materia de consumidores y crédito al consumo es absolutamente favorable puesto que en modo alguno excede del límite previsto en el artículo 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo 7/1995 en su redacción entonces vigente, que podrá ser tomado como referencia en el supuesto que nos ocupa y que, incluso la propia entidad demandante, refiere como límite para la aplicación de intereses por el concepto de descubierto en el presente contrato.

Finalmente con relación a la cuestión, apuntada por la parte demandada, de la posible abusividad de la cláusula transcrita en lo relativo al cobro de comisiones por descubierto amén del cobro de intereses por el mismo concepto, cobro que, a juicio de aquella parte, se duplica y podría constituir un abuso y ser susceptible de constituir un enriquecimiento injusto a favor de la demandante, cabe concluir lo siguiente. En el propio contrato se facultó al banco para la liquidación y cobro de tales comisiones por descubierto. Y estas, por su propia naturaleza, obedecen a finalidades distintas que los intereses por descubierto. Mientras estos últimos constituyen una justa compensación al Banco por el anticipo crediticio que realiza ante la falta de fondos en la cuenta corriente para hacer frente a los pagos, y a los riesgos que ese anticipo comporta ante la eventualidad de un posible impago, las comisiones por descubierto obedecen a una remuneración que al banco le corresponderá por asumir las funciones de gestión de cobranza en su condición de mandatario o comisionista. Es una función independiente de su resultado (el pago o el impago) que es facturada independientemente por la entidad bancaria. Pues bien, con arreglo a las reglas de distribución de la carga probatoria le correspondería a la parte demandada acreditar que las comisiones percibidas por el contrario en concepto de descubierto de la cuenta corriente no obedecieron, como les es propio según la definición expuesta, a una gestión de cobro efectuada por la entidad bancaria sino que respondieron al mismo concepto



remuneratorio que los intereses por descubierto percibidos. No habiéndose practicado prueba alguna sobre este extremo, las alegaciones vertidas en este punto por la parte demandada tampoco pueden ser atendidas.

**II.-** Contra la referida resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. Hipolito , realizando las siguientes alegaciones:

1º) En el caso que nos ocupa, la entidad bancaria demandante está reclamando a los demandados, entre otros conceptos, unas comisiones por descubierto.

Entiende esta parte que estas comisiones por descubierto constituyen una cláusula abusiva que forma parte del condicionado general de un contrato de adhesión, que, como tal, exige el preceptivo control judicial respecto a su causa y su posible carácter abusivo, ya que no han podido ser negociadas por los demandados.

La aplicación simultánea por parte del Banco demandante de la comisión de descubierto en cuenta corriente, a la vez que se aplica el interés por el mismo concepto, no se ajusta a derecho, ya que el Banco está llevando a cabo un doble cobro ya que la comisión no se corresponde con ningún servicio distinto de la propia remuneración de la deuda contraída, la cual ya ha sido suficientemente remunerada por el tipo de interés de descubierto, lo que genera, a la postre, un enriquecimiento injusto para la entidad bancaria.

Esta parte quiere hacer hincapié en que, dado que la entidad financiera no acredita la efectiva prestación de servicios adicionales, que autoricen el cobro de una comisión de descubierto, tal comisión no puede exigirse ya que carece de causa.

Por todo lo expuesto, entiende esta representación que la comisión de descubierto que ha repercutido el Banco demandante sobre mi representado y su esposa, carece de causa, por lo que es contraria a lo prescrito en los artículos 1274 y 1275 del CC .

2º) En cuanto a la prueba practicada, afirma la Sentencia recurrida que la parte demandada no acreditó que las comisiones practicadas por la entidad bancaria, en concepto de descubierto en cuenta corriente, no obedecieron, como les es propio, a una gestión de cobro efectuada por la entidad bancaria. Ante esta afirmación, hay que poner de manifiesto que, en el momento procesal oportuno, pidió prueba de oficios en los que se solicitaba a la entidad bancaria demandante que aportara los comprobantes de todas las gestiones llevadas a cabo para obtener la satisfacción del impago, y por parte de la demandante no se aportó justificación alguna, y así consta en los autos.

A este respecto, y dado que no se ha acreditado la realización de ninguna gestión de reclamación, entiende esta parte que esta comisión no debe ser cobrada.

Este es el criterio del propio Servicio de Reclamaciones del Banco de España, expuesto en la Memoria del año 2007, al informar lo siguiente en su página 84:

*"Esta comisión (comisión por reclamación de posiciones deudoras) constituye una práctica bancaria habitual que tiene por objeto el cobro de los costes en que ha incurrido la entidad, al efectuar las reclamaciones necesarias para la recuperación de los saldos deudores de su(s) cliente(s). Ahora bien, desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, y ante la dificultad de las entidades de determinar a priori y de justificar a posteriori, para cada caso concreto, la existencia efectiva de gestiones de reclamación, es criterio del Servicio de Reclamaciones que el adeudo de esta comisión solo puede ser posible si, además de aparecer recogida en el contrato, se acredita que: Su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor (algo que, a juicio de este Servicio, no está justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por el ordenador)."*

Por lo expuesto, podemos concluir que el Banco de España condiciona el cobro de la comisión por devolución de efectos, no solo a que haya sido registrada en el Banco de España, sino también a la necesidad de que responda a un servicio efectivamente prestado.

En resumen, dado que la entidad demandante no ha acreditado la realización de gestiones adicionales tendentes a la obtención del cobro de la suma pendiente, no ha lugar al cobro de las comisiones de descubierto ya que las mismas carecen de causa que la justifique.

En este sentido, reiterada jurisprudencia.

**III.-** En escrito de recurso de apelación contra la Sentencia de instancia, la representación procesal de Doña Belinda se expresaron los mismos hechos del recurso de apelación del codemandado, siendo ambos escritos completamente idénticos.

**IV.-** En escrito de oposición al recurso de apelación del Sr. Hipolito , por la representación procesal del Banco Popular Español, S.A., se realizaron las siguientes alegaciones:



1º) Se alega por el apelante en la alegación primera de su recurso la improcedencia de la reclamación dineraria. Ya en su escrito de oposición a la demanda inicial de monitorio adujo no adeudar cantidad alguna.

En contra de esta manifestación, lo que ha quedado acreditado en la tramitación de procedimiento es que el demandado tiene contraída una deuda con mi mandante por importe de 3.014,43 €; y así, de manera ajustada a derecho, lo recoge la sentencia que se recurre en su fundamento de derecho tercero: *"no ha sido objeto de discusión que el saldo deudor que aquí se reclama provenga del pago por parte de la entidad demandante de los recibos domiciliados por los demandados en la cuenta corriente bancaria de referencia; luego ha quedado fijado como hecho incontrovertido y por lo tanto exento de prueba la realidad de la deuda y el monto al que asciende."*

2º) El demandado aduce la improcedencia de la reclamación dineraria en su escrito, para con posterioridad, en el hecho segundo referirse sólo al cobro de las comisiones por descubierto.

A los solos efectos dialécticos, siguiendo la argumentación de la parte apelante (que no compartimos), el cobro de unas comisiones por descubierto que no se adeudaran no determinaría la improcedencia de la reclamación dineraria; en su caso, de las comisiones pero no del importe total de la deuda reclamada.

3º) Según se alega de contrario las comisiones carecen de causa y no se ajustan a derecho, al responder a un doble cobro y ser las mismas abusivas.

Esta parte muestra su total conformidad con los fundamentos de derecho de la sentencia en donde se diferencia de una manera clara, lo que son intereses y lo que son comisiones percibidas en concepto de descubierto y los motivos por los que se desestima su pretensión: siendo la parte demandada quien alega que las comisiones no deben ser cobradas, es a ella a quien corresponde acreditar, con pruebas y no sólo con meras manifestaciones de parte, que las comisiones no obedecieron a una gestión de cobro efectuada por la entidad bancaria sino que respondieron al mismo concepto remuneratorio que los intereses por descubierto percibidos.

4º) Obra en los autos oficio por parte del Banco Pastor, en donde se dio respuesta a lo solicitado por el demandado en cuanto a las gestiones efectivas llevadas a cabo por la entidad en reclamación de las cantidades pendientes derivadas del contrato de cuenta de ahorro.

V.- En escrito de apelación al recurso de apelación de la Sra. Belinda , por la representación procesal del Banco Popular Español, S.A., se realizaron las siguientes alegaciones:

1º) Manifestar que la citada señora, al tiempo de interponerse la demanda de monitorio, no se opuso en el plazo que tuvo para ello; y que la citada señora no compareció el día de celebración de la vista, que tuvo lugar el día 18 de marzo de 2014, por lo que fue declarada en rebeldía; lo cierto es que la señora Belinda , a lo largo de la tramitación del procedimiento, su postura ha sido la del silencio y la no comparecencia, por lo que difícilmente se han podido desestimar unas pretensiones que nunca han sido mantenidas por la citada parte; reiteramos que ni formuló oposición a la demanda de juicio monitorio, ni compareció a la vista de juicio verbal, estando declarada en situación de rebeldía procesal.

Sin perjuicio de ello, pasamos a replicar a las manifestaciones contenidas en el recurso de apelación de esta demandada, dejando claro que la misma, a lo largo del procedimiento no ha aportado ni ha solicitado la práctica de prueba alguna que desvirtúe la reclamación de cantidad de esta parte; y que, en su caso, las alegaciones que recoge en su escrito de recurso de apelación, las debería haber hecho durante la tramitación de las actuaciones en la primera instancia, pero no traerlas al proceso en la segunda instancia.

2º) Se alega por la apelante en la alegación primera de su recurso la improcedencia de la reclamación dineraria.

En contra de esta manifestación, lo que ha quedado acreditado en la tramitación de procedimiento es que la demandada tiene contraída una deuda con mi mandante por importe de 3.014,43 €; y así, de manera ajustada a derecho, lo recoge la sentencia que se recurre en su fundamento de derecho tercero: *"no ha sido objeto de discusión que el saldo deudor que aquí se reclama provenga del pago por parte de la entidad demandante de los recibos domiciliados por los demandados en la cuenta corriente bancaria de referencia; luego ha quedado fijado como hecho incontrovertido y por lo tanto exento de prueba la realidad de la deuda y el monto al que asciende."*

3º) La demandada aduce la improcedencia de la reclamación dineraria en su escrito, para con posterioridad, en el hecho segundo referirse sólo al cobro de las comisiones por descubierto.

A los solos efectos dialécticos, siguiendo la argumentación de la parte apelante (que no compartimos), el cobro de unas comisiones por descubierto que no se adeudaran no determinaría la improcedencia de la reclamación dineraria; en su caso, de las comisiones pero no del importe total de la deuda reclamada.

4º) Según se alega de contrario las comisiones carecen de causa y no se ajustan a derecho, al responder a un doble cobro y ser las mismas abusivas.



Esta parte muestra su total conformidad con los fundamentos de derecho de la sentencia en donde se diferencia de una manera clara, lo que son intereses y lo que son comisiones percibidas en concepto de descubierto y los motivos por los que se desestima su pretensión: siendo la parte demandada quien alega que las comisiones no deben ser cobradas, es a ella a quien corresponde acreditar, con pruebas y no sólo con meras manifestaciones de parte, que las comisiones no obedecieron a una gestión de cobro efectuada por la entidad bancaria sino que respondieron al mismo concepto remuneratorio que los intereses por descubierto percibidos.

5º) Obra en los autos oficio por parte del Banco Pastor, en donde se dio respuesta a lo solicitado por el demandado en cuanto a las gestiones efectivas llevadas a cabo por la entidad en reclamación de las cantidades pendientes derivadas del contrato de cuenta de ahorro.

**SEGUNDO I.-** El Banco de España en la Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2007, expone cuales son los requisitos para el cobro de cualquier comisión, diciendo que la normativa que regula las comisiones aplicables para las entidades de crédito establece como principio básico la libertad para su fijación (números 1º y 5º de la Orden de diciembre de 1989 y norma 3ª de la Circular del Banco de España nº 8/1990), si bien impone dos requisitos para que resulte procedente su cobro, uno material, y es que respondan a servicios efectivamente prestados que hubiesen sido aceptados o solicitados en forma por el cliente y otra de índole formal y es que se recojan en el contrato y/o en un folleto de tarifas, redactado de forma clara, concreta y fácilmente comprensible, folleto éste que ha de quedar registrado en el banco de España antes de su aplicación y que debe estar a disposición de los clientes en todas y cada una de las oficinas abiertas al público. Es decir, la Memoria a priori, y en relación al cobro de comisión por descubierto, contempla la posibilidad, en tales supuestos, de cobrar por la entidad crediticia una comisión junto al interés de descubierto, siempre y cuando la comisión responda a un servicio efectivamente prestado.

**II.-** Por la entidad actora, como contestación a la prueba documental propuesta por la parte demandada "se libre oficio al banco Popular Español, S.A. para que por quien corresponda certifique las gestiones efectivas llevadas a cabo por dicha entidad, en reclamación de las supuestas cantidades pendientes derivadas del contrato de cuenta de ahorro..." , remitió escrito en el que se dice "En contestación a su atento oficio de fecha 20/02, con fecha de entrada a estas dependencias el pasado día 25/02. En el que nos solicitaba procediésemos a certificar las gestiones efectivas llevadas a cabo por esta entidad, en reclamación de las supuestas cantidades pendientes, derivadas del contrato de cuenta de ahorro ..... por la presente le participamos que, siguiendo la operativa habitual en estos casos, el cliente fue contactado y requerido de pago, telefónicamente en varias ocasiones a través de nuestro departamento de Recobros, y le fue notificada la existencia de la deuda, requiriéndole de pago a través de correo ordinario, al domicilio establecido para ello en el contrato. Además, en el presente caso, se mantuvieron varias reuniones presenciales con los clientes en las dependencias de la entidad, en las que se les ofreció una operación de refinanciación de diferentes operaciones de riesgo que mantenían con esta entidad, incluyendo la que es objeto de reclamación en el presente monitorio, planteamiento que finalmente fue rechazada por los clientes".

Cuando las entidades de crédito acceden a conceder a sus clientes un crédito de descubierto, les cobran importantes sumas de dinero como contraprestación a ello, mediante la aplicación de importantes tipos de interés, muy superiores a los que se cobran por los préstamos ordinarios, lo que evidencia que la razón de ser de estos importantes tipos de interés es porque con los mismos, además de remunerarse por el dinero prestado, se indemniza al banco por la especial situación que se crea por el descubierto, pues han de realizarse mayores apuntes, se corre mayor riesgo, es decir, existe coincidencia con lo que pretende retribuir la comisión por descubierto. Por ello, y para que no se produzcan una doble remuneración para un mismo servicio, lo cual vulneraría tanto el derecho civil como la normativa sectorial bancaria -conforme a la cual la contraprestación a favor del Banco, en los préstamos, se establece con un tipo de interés, no con una comisión- es necesario que el banco acredite la efectiva prestación de servicios adicionales que autorizan el cobro de una comisión por descubierto. En definitiva, el Banco tiene que acreditar la prestación efectiva de servicios adicionales derivados de la situación de descubierto, distintos a aquellos que ya analizó y estudió el Banco al realizar el contrato, que contemplaba ya la posibilidad de descubierto.

En el presente caso, es suficiente con leer el contenido del escrito remitido por la entidad bancaria, que hemos reproducido con anterioridad, para decidir que no se ha acreditado por el Banco la efectiva realización de servicio adicional alguna inherente a la situación de descubierto, limitándose la demandante a dar una explicación tipo y con argumentos generales, que carecen del mínimo respaldo probatorio que acredite la realización de servicios adicionales que justifiquen el cobro de la comisión por descubierto.

Por los motivos expuestos procede la estimación parcial de los recursos de apelación, acordándose la condena de los demandados a abonar las cantidades adeudadas por principal e intereses, reduciendo las cantidades correspondientes a las comisiones por descubierto.



**TERCERO.**- No procede hacer especial imposición de costas en ninguna de las instancias ( art. 394 y 398 LEC).

**VISTOS** los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

### **FALLO**

Que, estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por la presentación procesal de D. Hipolito y Doña Belinda contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Betanzos en el procedimiento 396/13, y estimando parcialmente la demanda inicial debo condenar y condeno a los demandados a abonar a la actora las cantidades correspondientes a principal e intereses, deduciendo las cantidades correspondientes a comisión por descubierto; sin hacer especial imposición de costas en ninguna de las instancias.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.**- Dada y pronunciada la anterior resolución pro el Ilmo. Sr. Magistrado **DON MANUEL CONDE NÚÑEZ** que la firma y leída en el mismo día de su fecha de lo que yo Secretario doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ