



Roj: **SAP SA 8/2009 - ECLI: ES:APSA:2009:8**

Id Cendoj: **37274370012009100008**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Salamanca**

Sección: **1**

Fecha: **09/02/2009**

Nº de Recurso: **531/2008**

Nº de Resolución: **48/2009**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LONGINOS GOMEZ HERRERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA NÚMERO 48/09**

ILMO SR PRESIDENTE

DON I. GARCÍA DEL POZO

ILMOS SRES MAGISTRADOS

DON LONGINOS GÓMEZ HERRERO

DON JESÚS PÉREZ SERNA

En la ciudad de Salamanca a nueve de Febrero del año dos mil nueve.

La Audiencia Provincial de Salamanca, ha visto en grado de apelación el Juicio Ordinario Nº 1089/07 del Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Salamanca, Rollo de Sala Nº 531/08; han sido partes en este recurso: como demandante apelado DON Eloy , representado por la Procuradora Doña Angela González Mateos, bajo la dirección del Letrado Don Antonio Acosta García, y como demandado apelado BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A., representado por el Procurador Don Manuel Martín Tejedor , bajo la dirección del Letrado Don Juan Luís Soto Losa .

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1º.- El día veinte de Octubre de dos mil ocho, por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia Nº 3 de Salamanca, se dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente FALLO: "Estimando la demanda formulada por el/la Procurador/a Sra. González Mateos en nombre y representación de D. Eloy contra Banco Santander Central Hispano S.A. condeno al demandado a pagar al actor la cantidad de 37.099,46 euros, repercutidos indebidamente en concepto de comisión de descubierto en cuenta corriente, de exceso en cuenta de crédito y de devolución de efectos.- Dicha cantidad devengará un interés con sujeción a la LEC desde la fecha de la recepción por la entidad demandada de la reclamación extrajudicial efectuada por el actor, que según el documento 501 de la demanda es el 31 de enero de 2007. Todo ello con expresa imposición de las costas causadas en estas actuaciones al Banco Santander Central Hispano S.A."

2º.- Contra referida sentencia se preparó recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demandada que fue formalizado en tiempo y forma y presentado escrito hizo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones, para terminar suplicando la revocación de la resolución recurrida, con imposición de costas al demandante. Dado traslado de la interposición del recurso a la contraparte, por la legal representación de ésta se presentó escrito de oposición al mismo, haciendo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones.

3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia, se formó el oportuno rollo, señalándose para la votación y fallo del recurso el día cuatro de febrero de los corrientes, pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente para dictar sentencia.

4º.- Observadas las formalidades legales.



Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON LONGINOS GÓMEZ HERRERO .

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por la representación procesal de Banco Santander Central Hispano S.A. - demandado- se ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 3 de esta ciudad que, estimando la demanda formulada por D. Eloy , contra el Banco Santander Central Hispano S.A., le condena a pagar al actor la cantidad de 37.099,46 euros, repercutidos indebidamente en concepto de comisiones de descubierto en cuenta corriente y de exceso en cuenta de crédito y de devolución de efectos; devengando dicha cantidad un interés con sujeción a la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde la fecha de recepción por la entidad demandada de la reclamación extrajudicial efectuada por el actor que, según el documento 501 de la demanda, es el de 31 de Enero de 2007, con expresa imposición de costas.

SEGUNDO.- El actor ejercita acción de reclamación de la cantidad por importe de 37.094,46 euros, alegando que con anterioridad al año 2001 mantenía relaciones comerciales con el Banco Central Hispano S.A., en la actualidad Santander Central Hispano S.A., quien llevó a cabo, respecto del demandante, las siguientes actuaciones: a) en el periodo temporal que transcurre desde el año 1994 hasta el 2005 repercutió en concepto de comisión de devolución de efectos, la cantidad total de 27.951 euros, en las liquidaciones practicadas por este concepto, en las diferentes cuentas; b) en el periodo temporal que transcurre desde 1998 hasta 2005 la entidad demandada repercutió la cantidad de 175,80 euros por comisión de descubierto en cuenta corriente y 8.972,66 euros por comisión de exceso en cuentas de crédito; sumando un total por estas repercusiones de 9.148,46 euros.

La demanda se articula con base en las siguientes alegaciones - que han sido aceptadas , valoradas y desarrolladas en la sentencia apelada- : a) inexistencia de pacto para el cobro de la comisión de devolución; b) inexistencia de causa para el cobro de la comisión por devolución de efectos; c) inexistencia de causa para el cobro de la comisión de exceso/descubierto; y d) no aplicación de la doctrina de los actos propios, consistente en la no aceptación por la parte actora de los cargos practicados por el Entidad, de manera indebida, en su cuenta.

La Entidad bancaria demandada se opone mediante las siguientes alegaciones, que reitera en el recurso: a) la relaciones comerciales mantenidas durante más de 13 años con el demandado, afirmando que el presente procedimiento es la respuestas jurídica para presionar a la Entidad demandada por la ejecución instada ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de esta ciudad - Autos 94/07- en reclamación de 12.817,12 euros, importe al cierre de la póliza de crédito de 22 de Febrero-2005, al día de su cierre, el 16 de Noviembre-2005; b) el actor no es un consumidor final, sino un empresario a título individual, que no formaliza una única operación crediticia o de descuento con el Banco demandado, sino al menos seis operaciones similares desde 1993, sin reclamación alguna durante estos años; c) la relación contractual está documentada en el contrato de descuento mercantil, en el que estaba pactado de forma clara y expresa el cobro de comisiones en caso de devolución de efectos; d) existe causa para el cobro de la comisión de descubierto; e) invoca la doctrina de los actos propios, como se desprende del retraso en la reclamación de la deuda, calificando la reclamación ahora efectuada como abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo.

TERCERO.- La relación contractual que une al actor con el Banco demandado tiene la naturaleza contractual de descuento que, por sobradamente conocida, no es necesario definir, pero sí señalar que, en este caso, es un contrato de adhesión o contrato masa, en los que el clausulado es redactado de forma unilateral por la Entidad de crédito y donde el cliente se limita a estampar su firma, siendo su capacidad negociadora, en cuanto al contenido y alcance de las cláusulas, inexistente. Por lo que en este tipo de contratos se deberá poner especial atención en la aplicación del art. 1256 del CC , y las dudas que pueda ofrecer la exégesis contractual en modo alguno pueden favorecer a quien las redactó, sino todo lo contrario, conforme al art. 1288 del CC , pues de forma genérica y abstracta se habla de comisiones, sin especificar razón alguna sobre el concepto de su devengo, causa de imposición, fecha de nacimiento u origen y momento de liquidación.

En definitiva para que el abono de dicha comisión por devolución sea jurídicamente exigible, como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba- Sección 3ª, de fecha 24 Julio de 2003 , son precisos los siguientes requisitos: 1º 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, desarrollado por la Orden de 12 de Diciembre de 1989, asimismo desarrollada por la Circular del Banco de España 8/1990 , el pacto en el que se establezca la citada comisión por devolución, debe determinar de 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. 1256 del CC ("La validez y el cumplimiento de los contratos no puede 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, la remisiones genéricas a las tarifas a que se refiere el número quinto de esta Orden".

Debe, por tanto, acusarse la falta de pacto, en los términos que se acaban de exponer, para el cobro de las comisiones de devolución, a tenor de los respectivos fundamentos.

CUARTO.- Inexistencia de causa para el cobro de la comisión por devolución de efecto.

Si la causa conforme al art. 1274 del CC es la expresión de la finalidad socialmente útil a la que el derecho reconoce como bastante, para generar y justificar la asunción de obligaciones, la comisión de devolución carece de ella. La ausencia de causa se funda en que la entidad no ha prestado servicio alguno distinto de la gestión de cobro (que ya está retribuido), siendo la devolución, por impago de los efectos, uno de los posibles resultados de esa gestión. De lo que se desprende que el resultado negativo no puede considerarse como independiente de la gestión encomendada, ni constituye servicio nuevo, por lo que no cabe cobrar una nueva comisión -creada ex novo- por la ejecución de un contrato que ya estaba retribuido. Tampoco puede resultar justificable la pretensión de que la comunicación del impago es, en sí misma, un servicio, pues simplemente estamos ante la culminación del servicio de presentación al cobro del efecto, que exige de la entidad, como mandataria (servicio por el cual ya ha sido retribuida), dar cuenta del resultado del mismo (cobro o impago), como así lo exigen los arts. 1709 y 1720 del CC y que reproducen los arts. 244, 250, 260, 263 y 277 del Código de Comercio. En definitiva la comisión de devolución carece de causa, como así se deduce también de la Circular 8/1990 del Banco de España, en cuanto establece que la comisiones se aplicarán para retribuir servicios específicos y efectivamente prestados por la entidad financiera; y resulta evidente que el simple impago de los efectos cambiarios por parte del deudor no ha obligado a la Entidad bancaria a la prestación de servicio alguno, sino a simples devoluciones de efectos impagados.

QUINTO.- En cuanto a la inexistencia de causa para el cobro de la comisión de exceso -origen en cuenta corriente- o excedido que proviene de las cuentas de crédito, cabe señalar que la comisión de exceso/descubierto que ha repercutido el Banco demandado sobre el actor, carece de causa, por lo que es contraria a lo prescrito en los artículos 1274 y 1275 del CC. En este sentido la Orden Ministerial de 12 de Diciembre de 1989 del Ministerio de Economía, en su número Quinto, es muy clara, en cuanto establece que "Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos"; y en el caso enjuiciado, la entidad bancaria no está realizando servicio alguno, por cuanto el Banco demandado, en cuanto consiente en "prestar" por encima del límite del crédito contratado o en descubierto en cuenta, ya aplica sobre el titular del crédito o cuenta un tipo de interés que retribuye ese exceso de crédito o descubierto concedido (en este caso el Banco aplicó el 29% anual), debiendo señalarse que cuando esa entidad de crédito concede un producto como crédito o préstamo, la retribución se establece por la vía del interés, no por vía de comisiones, por lo que el repercutir, además de un tipo de interés, una comisión de exceso o descubierto carece de justificación legal y supone un doble cobro generador de enriquecimiento injusto, como han señalado de forma unánime y reiterada numerosas sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales.

Por todo lo anterior debe establecerse como no ajustado a derecho el cobro de las comisiones por exceso en cuenta de crédito y descubierto en cuenta corriente, debiendo reintegrar, como así lo ha acordado la sentencia apelada, el Banco demandado, al demandante, por esta concepto, la cantidad de 175,80 euros por comisión de descubierto en cuenta corriente y 8.972,66 euros por comisión de exceso en cuenta de crédito.

SEXO.- El transcurso del tiempo en la reclamación de comisiones por conceptos señalados, siempre dentro del plazo no afectado por la prescripción, no se puede estimar como vinculante de un acto propio. Pues para que esa doctrina sea aplicable "ha de tratarse de acto o declaración con significación concluyente e indubitada, no ambigua o inconcreta, que revelan una manifiesta intención del autor dirigida a crear, modificar o extinguir algún derecho", como tiene reconocido la unanimidad de la jurisprudencia. Y en este caso, del examen de la prueba no se advierte la creación de una expectativa razonable para la entidad bancaria que hubiera de generar para la misma la confianza en una actuación de coherencia posterior por parte del demandante que descartara cualquier reclamación, ni tampoco han existido actos por parte de éste que, por su carácter inequívoco, le impidieren comportarse posteriormente del modo en que lo ha hecho el demandante al reclamar lo que considera que se le debe, sin perjuicio de señalar que no puede admitirse aceptación tácita o acto propio en beneficio de una entidad que tiene que cumplir normas de carácter imperativo (Ley de Disciplina e



Intervención de Entidades de Crédito y Ordenes y Circulares del Banco de España), y si no lo hace, incumpliendo tales normas, no puede suplirse el incumplimiento con el hecho de que el cliente no reclame, en especial cuando éste se encuentra, por mor de la naturaleza de los contratos de adhesión, respecto de la entidad bancaria, en una situación de relevante dependencia financiera, por lo que no estando extinguida la acción de reclamación por prescripción, la actuación del demandante- apelado ni es contraria a los principios de buena fe ( art. 7 del CC ) ni está incluida en la doctrina de los actos propios.

En consecuencia, procede la desestimación del recurso de apelación.

SEPTIMO.- .Al desestimar el recurso de apelación, se imponen las costas de la segunda instancia a la parte apelante, conforme establece el art. 398.1 . en relación con el art. 394.1. de la Ley de Enjuiciamiento Civil ,

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de los poderes constitucionalmente conferidos por el pueblo español.

## FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A., representado por el Procurador D. Manuel Martín Tejedor contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada- Juez del Juzgado de 1ª Instancia número 3 de esta ciudad el 20 de Octubre de 2008 en el Juicio Ordinario del que dimana este Rollo, la confirmamos íntegramente, imponiendo las costas de la segunda instancia a la parte apelante.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los Autos de su razón al Juzgado de procedencia, para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.