



Roj: **SAP SA 95/2010 - ECLI: ES:APSA:2010:95**

Id Cendoj: **37274370012010100095**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Salamanca**

Sección: **1**

Fecha: **08/02/2010**

Nº de Recurso: **57/2010**

Nº de Resolución: **104/2010**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LONGINOS GOMEZ HERRERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL

SECCION N. 1

SALAMANCA

SENTENCIA: 00104/2010

SENTENCIA NÚMERO 104/10

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 ocho de Marzo del año dos mil diez.

La Audiencia Provincial de Salamanca, ha visto en grado de apelación el Juicio Ordinario Nº 711/08 del Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Salamanca, Rollo de Sala Nº 57/10; han sido partes en este recurso: como demandante apelado DON Raimundo , representado por la Procuradora Doña Angela González Mateos, bajo la dirección del Letrado Don Antonio Acosta García , y como demandado apelante BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. , representado por el Procurador Don Valentín Garrido González , bajo la dirección del Letrado Don Luís Pérez González .

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día veintisiete de Octubre de dos mil nueve, 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 promovida por la Procuradora Sra. González Mateos en nombre y representación de Don Raimundo contra la entidad Banco Popular S.A. (antes Banco de Castilla S.A.) condeno a la demandada a pagar al actor 26.973,23 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 nº 520 de la demandada es el 15 de mayo de 2008.- Todo ello sin efectuar especial imposición de las costas causadas en estas actuaciones."

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, dictándose otra en la que se absuelva a su representado de cuantas peticiones se hacen en la demanda. 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 tres de marzo 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 POPULAR ESPAÑOL S.A. - demandado -, se ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 3 de Salamanca, el 27 de Octubre de 2009 que estimando la demanda promovida por D. Raimundo , condena a la parte demandada a apagar al actor 26.973,23 euros, repercutidos indebidamente en concepto de comisión, por descubierto en cuenta corriente, de exceso de 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, hasta la fecha de la reclamación extrajudicial efectuada por el actor que, según el documento nº 520 de la demandada, es el 15 de Mayo de 2008, interesándose en relación con los motivos que articulan el recurso, la revocación de la sentencia apelada, dejándola sin efecto, con absolución de la demandada apelante de las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- La reclamación de cantidad contra la mercantil Banco Popular Español S.A. (antes Banco de Castilla), por importe de 26.973,23 euros, , se inscribe en los servicios bancarios contratados con la entidad Banco de Castilla S.A., en concreto el descuento de efectos comerciales, procediendo el Banco, en el periodo que transcurre desde 2004 hasta 2005, a repercutir, por ese concepto, la cantidad de 17.869,86 euros, en las liquidaciones practicadas en las diferentes cuentas de titularidad del demandante; del mismo modo se procedió por parte de la Entidad demandada a repercutir en las mismas cuentas ".comisiones por exceso y descubierto", dependiendo que la cuenta tuviese la naturaleza de cuenta de crédito, en el primero caso, o cuenta en corriente, en el segundo.

La parte actora alega la inexistencia de causa para el cobro de la comisión de descubierto y exceso, pues carece de causa y, por tanto, es contraria a la previsión legal contenida en los arts. 1274 y 1285 del CC, dado que la Entidad bancaria no está realizando servicio alguno, porque cuando el Banco consiente en " prestar" mediante descubierto o exceso en cuenta, bien sea corriente o de crédito, ya aplica al cliente un tipo de interés que retribuye el descubierto (en este caso aplicó un 29% sobre el máximo saldo deudor del periodo a liquidar y un 21% de interés, en exceso). La retribución o contraprestación - se alega- se establece vía tipo de interés, no vía comisiones. En definitiva, cuando estamos ante un préstamo concedido vía descubierto en cuenta corriente o exceso en cuanta de crédito, el banco demandado no hace sino realizar la actividad propia e inherente de todo entidad bancaria: prestar dinero, de forma que la cantidad cobrada por tal concepto en estas actuaciones que asciende a 9.103,37 euros, no debe ser anotada a deudor.

También se alega la ausencia de pacto para el cobro de comisiones por devolución de efectos, pues del documento nº 1 de la demanda se desprende que no existió pacto alguno entre el demandante y Banco de Castilla, que permitiera el cobro de la comisión por devolución por la entidad de crédito en el caso de que los efectos presentados al descuento, resultaran impagados por el librado. De tal manera que la referida comisión es un acto arbitrario y unilateral, en cuanto infringe las disposiciones contenidas en la Ley 26/1998 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito que exige para la válida aplicación de una comisión por parte de la Entidad de crédito, que la misma esté pactada con el cliente (art. 48,2.a) o en su caso 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 (punto 4 de la Norma 7) o la Norma sexta, punto 6, apartado c) de la Circular 8/1990 del Banco de España.

Se alega también la inexistencia de causa para el cobro de la comisión por devolución de efectos, con carácter subsidiario a lo anterior. La ausencia de causa se fundamenta en que la Entidad no ha prestado servicio alguno destinado a la gestión del cobro, siendo la devolución, por impago de los efectos, uno de los posibles resultados de esa gestión, y en absoluto la simple comunicación del impago, es en sí misma, servicio, pues simplemente se ha operado la culminación del servicio de presentación al cobro del efecto crediticio.

Por último se alega por la parte demandante que el hecho de que no haya realizado objeción alguna a esas operaciones indebidas, no pueden encuadrarse en la doctrina de los actos propios.



Frente a la tesis de la demanda, el Banco demandado se opone alegando que se formalizaron con el demandante, los contratos aportados, como documentos 1 a 5 de la contestación a la demanda, según los cuales en la condición décima del contrato, se pactó expresamente "la cuenta puede ser soporte de crédito descubierto, a los tipos de interés y comisión reseñados en la documentación de apertura, su liquidación se practicará al final de cada mes, de manera que la comisión de descubierto ha sido expresamente pactada.

En relación con la comisión por exceso de las cuentas de crédito, fue expresamente concertada por las partes (cláusula primera apartado d) de la Póliza de Contrato de cuenta de crédito. De forma que tanto la comisión de descubierto, exceso y la devolución, fueron pactadas entre las partes según la legislación vigente, existiendo causa para su devengo y esa causa consiste en un servicio prestado al cliente: el servicio de apertura de crédito en descubierto.

TERCERO.- Se han expuestos los términos en que ha quedado trabada la litis, siguiendo la sentencia apelada, así como las alegaciones de las partes, que se han reconducido en los escritos de apelación y oposición al mismo, respectivamente, por lo que la cuestión a decidir en este recurso, se concreta en determinar si existe causa para el giro de las comisiones anotadas por descubierto en cuenta corriente y por exceso en cuenta de crédito, así la pertinencia de las comisiones anotadas por devolución de efectos; finalmente, la influencia que pueda tener, como acto propio la conducta del demandante, al no objetar el cargo de las comisiones cuestionadas.

La cuestión planteada debe encontrar solución en lo establecido en la sentencia de esta Sala de 9 de febrero de 2009, cuando resolviendo un supuesto idéntico, se estableció 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 5º, 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 servicios alguno, por cuanto el Banco demandado en cuanto consiente en prestar por encima del límite del crédito contratado o 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 la 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".

El cobro de las comisiones por descubierto, aparece pactado en el contrato, y en tal sentido el Banco pretende justificar el giro de aquellas. No obstante, la cuestión no gravita estrictamente sobre ese pacto, sino sobre la motivación y justificación, de una concreta actividad bancaria que genera y merece el giro de la comisión, pues la simple actividad del control de la cuenta o de apertura de la misma, o de cualquier actividad que entra dentro de la gestión bancaria, como conjunto de operaciones ordinarias que el Banco necesita o estime necesario realizar, como simples operaciones que se encadenan y forman parte de la práctica bancaria, no son suficientes para devengar las comisiones, por lo que, siguiendo el curso de las declaraciones del Sr. Benito , director del Departamento de Auditoría del Banco de Castilla y del Sr., Humberto , apoderado del Banco de Castilla, en la Oficina principal de la Entidad, se deben llevar a cabo las operaciones que han enumerado, se han debido traer a los autos la documentación que se haya generado, para poder comprobar si esas operaciones realizadas y necesarias para el origen de la comisión, se han practicado, dado que la comisión girada ha de estar siempre en relación con la necesidad de la operación realizada, de tal manera que únicamente la comisión podrá justificar su necesidad en la operación bancaria que, como causa a efecto, se ha realizado-. El nacimiento de la comisión y la operación bancaria que la sustente, se han de solapar, para evitar que el devengo de intereses se pretenda asimilar al giro por comisiones, con el consiguiente perjuicio para el usuario.

En el caso no se han dado las circunstancias causales para el nacimiento de las comisiones por los conceptos que se han anotado. En consecuencia deben desestimarse cuantas alegaciones se han realizado en el recurso, sobre lo ahora enjuiciado.

CUARTO.- En cuanto al cobro de la comisión por devolución de efectos, se debe abundar en lo ya expuesto, necesitando precisar que de lo que se trata en esta litis es si la comisión reclamada por devolución de efectos impagados, es distinto de la comisión de cobro, que es una de las obligaciones asumidas por la entidad descontante por efecto del mismo contrato de descuento, y cuya remuneración, por tanto, forma parte del precio convenido.

En tal sentido, debe ratificarse los razonamientos que contiene la sentencia apelada, en cuanto de forma exhaustiva y certera razona sobre las comisiones cuestionadas, por lo que la Sala, al examinar lo actuado, debe



concluir llegando a la misma conclusión que la sentencia apelada, pues la falta de aceptación en firme del cliente en torno a la comisión discutida y a la inexistencia de causa para el cobro de la comisión por devolución de efectos hace que la demanda debe prosperar.

QUINTO.- En relación con los actos propios, que el Banco demandado alega, exponiendo que la conducta del usuario demandante no ha efectuado reclamación alguna sobre las comisiones que se le anotaban, debe señalarse conforme ya se señaló en la sentencia de esta Sala de 9 de febrero de 2009, ya citada, que no pueda admitirse aceptación tácita o acto propio, pues la doctrina que desarrolla tales conceptos no es aplicable en beneficio de una entidad que tiene que cumplir normas de carácter imperativo (Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito y Orden y Circular que ya se han citado), pues para que el acto se le pueda atribuir el efecto de declaración de voluntad, ha de ser positivo, concluyente e indubitado, características que no reúne el comportamiento del ciudadano que nada alega al giro de las comisiones.

Procede, en consecuencia, desestimar el recurso de apelación, y confirmar la sentencia apelada por sus propios razonamientos

SEXTO.- 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 LEC.

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 POPULAR ESPAÑOL S.A., representado por el Procurador D. Valentín Garrido González, interpuesto contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de 1ª Instancia número 3 de Salamanca, el 27 de Octubre de 2009, que confirmamos, e 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.