



Roj: **SAP MA 1038/2014 - ECLI: ES:APMA:2014:1038**

Id Cendoj: **29067370042014100238**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **4**

Fecha: **23/05/2014**

Nº de Recurso: **908/2012**

Nº de Resolución: **241/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOAQUIN IGNACIO DELGADO BAENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA Nº 241/2014**

AUDIENCIA PROVINCIAL Málaga

SECCION CUARTA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA

MAGISTRADO PONENTE ILTMO SR. DON JOAQUIN DELGADO BAENA

REFERENCIA:

JUZGADO DE PROCEDENCIA: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº15 DE MALAGA

ROLLO DE APELACIÓN Nº **908/2012**

AUTOS Nº 2001/2010

En la Ciudad de Málaga a veintitrés de mayo de dos mil catorce.

Visto, por la SECCION CUARTA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA de esta Audiencia, integrada por el Magistrados indicado al margen, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en juicio de Juicio Verbal (250.2) nº 2001/2010 seguido en el Juzgado referenciado. Interpone el recurso TALLERES MACOR S.L. que en la instancia fuera parte demandante y comparece en esta alzada representado por la Procuradora Dña. ASUNCION ALBUGER MADRONA. Es parte recurrida BANCO ESPAÑOL DE CREDITO S.A. que está representado por el Procurador D. LUIS JAVIER OLMEDO JIMENEZ, que en la instancia ha litigado como parte demandada.

#### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 23 de noviembre de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue: *"Desestimando la demanda interpuesta la Procuradora doña Asunción Albuguer Madrona, en nombre y representación de Talleres Macor, Sociedad Limitada, contra Banco Español de Crédito, Sociedad Anónima, en reclamación de cantidad, debo dictar sentencia con los pronunciamientos siguientes:*

*1º) Liberar a Banco Español de Crédito, Sociedad Anónima, de los pedimentos formulados en su contra.*

*2º) No hacer especial pronunciamiento en materia de costas.*

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación se elevaron los autos a esta Sección de la Audiencia Provincial, donde se ha formado rollo y turnado de ponencia, quedando pendiente de dictar resolución.

**TERCERO.-** En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

Visto, siendo ponente el/la Ilmo./a Sr./Sra. Magistrado/a D./Dña. JOAQUIN DELGADO BAENA quien expresa el parecer del Tribunal.

#### **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**



**PRIMERO** : Por la representación procesal de la entidad Talleres Macor S.L., que comparece en calidad de apelante, se alega que la sentencia del Tribunal Supremo tenida en cuenta por el Juzgado de Instancia, no crea jurisprudencia al no ser dictada en pleno, y que la jurisprudencia unánime de las Audiencias Provinciales considera ilegal la cláusulas de comisión de gastos de devolución, por lo que solicita la revocación de la resolución recurrida y el dictado de una nueva sentencia por la que se estime íntegramente la demanda, con imposición a la entidad demandada de las costas procesales causadas.

Por la representación procesal de la entidad Banesto, se presentó escrito de oposición al recurso planteado, impugnando las alegaciones realizadas de contrario y solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

**SEGUNDO** : Una vez analizadas las alegaciones de la parte recurrente habrá que tener en cuenta que, tal como puso de manifiesto esta Sala en el rollo 1414/2005 : *Una adecuada decisión de la cuestión litigiosa pasa por las siguientes consideraciones jurídicas:*

**1.-** *La normativa que rige las comisiones aplicables a las operaciones de las entidades de bancarias con sus clientes viene constituida, esencialmente, por: la Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, modificaciones posteriores y normativa de desarrollo, especialmente la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989, y la Circular del Banco de España nº 8/1990, de 7 de septiembre, norma reformada y actualizada en repetidas ocasiones, y, por último, la Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.*

*De la expresada normativa se extraen determinados principios o reglas en materia de comisiones bancarias, cuales son: A.- El principio de libertad en la fijación de las comisiones, con límites cuantitativos y cualitativos. Este principio aparece circunscrito en la normativa de transparencia bancaria por una serie de medidas de protección de la clientela que pretenden garantizar, de una parte, la adecuada información al cliente, y, de otra, la correspondencia con la prestación de un servicio que justifique la comisión y que haya sido solicitado por su destinatario. B.- Entre las exigencias formales se encuentran la necesidad de la publicación de las comisiones aplicables, de forma clara, completa y fácilmente comprensible, así como la necesidad de que el pacto sobre comisiones sobre en el documento contractual de forma explícita y clara. C.- Dentro de las exigencias materiales, se incluye el principio de efectividad, que establece como criterio básico para enjuiciar la licitud del cobro de comisiones el que éstas respondan a servicios efectivamente prestados. D.- También se explicita, entre las exigencias materiales de las comisiones bancarias, que éstas deben respetar el principio de voluntariedad o aceptación, quedando prohibidas las comisiones no aceptadas o solicitadas en firme por el cliente. La adición de la expresión en firme, que no aparecía en textos precedentes a la OM de 1989, y que autorizaba presumir la aceptación o solicitud de las comisiones de forma tácita, deducida de la propia conducta del cliente manifestada en determinados facta concludentia, parece reconducir la cuestión a los parámetros propios del consentimiento expreso, lo que hace desplazar a la entidad bancaria la carga de la prueba de la solicitud o aceptación de las comisiones; ello conforme al sentir de doctrina científica que es compartida por este juzgador.*

**2.-** *El contrato de descuento bancario 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.*

*Es doctrina jurisprudencial reiterada y constante que el descuento se trata de supuesto de dación en pago, esto es, que el crédito descontado se cede «pro solvendo» y no «pro soluto» ( SSTS 21 marzo 1997 y 14 abril 1980 , entre otras). Así, es evidente el derecho del Banco descontante a que quien obtuvo el descuento le reintegre el importe de los efectos cambiarios descontados, pues la esencia de toda operación de descuento bancario, al entrañar una mera cesión «pro solvendo» (no «pro soluto») del crédito que incorpora la letra descontada, consiste precisamente en que si dicho crédito no llega a hacerse efectivo por el obligado a su pago, el Banco descontante puede reclamar su importe de aquel que obtuvo el descuento de los efectos cambiarios ( SSTS 5 mayo 1991 , 27 enero , 3 abril 1992 y 22 diciembre 1992 ). Ese derecho de reintegro puede hacerse efectivo bien extrajudicialmente mediante la práctica de un contraasiento en la cuenta del cliente descontatario, haciéndose así el pago por vía de compensación de acuerdo con el art. 61, párr. 2.º del Reglamento del Banco de España , bien por vía judicial mediante el ejercicio de la acción cambiaria de regreso contra el librador o de la acción causal nacida del contrato de descuento, quedando condicionado el uso de este último medio a la restitución del título como requisito necesario para que el deudor pueda volver a disponer del mismo a efectos de ejercitar las acciones de regreso que le asisten.*



3.- Se suscita la cuestión de si entre las deducciones que puede efectuar la entidad bancaria descontante a su cliente pueden incluirse las que responden al concepto de devolución de efectos impagados. *El problema no ha recibido una respuesta unánime en la jurisprudencia menor, si bien la opinión mayoritaria se inclina por considerar que las comisiones por devolución no pueden quedar amparadas en el principio de libertad contractual consagrado en el art. 1255 CC, porque carecen de causa que las justifique ex. art. 1274 y 1275 CC, ya que el mero hecho de comunicar por el Banco al descontatario el impago del efecto no es un nuevo servicio ajeno al propio contrato de descuento y cobro de efectos, que ya tiene su justa retribución en las comisiones de gestión o de cobro, así como en el importante tipo de interés del propio descuento. El servicio que se presta por la entidad bancaria es el de la presentación al cobro de efectos, y ese ya ha sido remunerado, sin que la simple operación material de devolverlo suponga un nuevo servicio, ya que forma parte integrante de la gestión de cobro. En este sentido se pronuncian las SSAAPP de Barcelona 5 marzo 2004 ; Sevilla, 3 abril 2000 y 7 mayo 2001 ; Córdoba, 15 septiembre 1999 , 16 febrero 2001 y 12 diciembre 2002 ; Jaén, 25 marzo 1999 y 16 noviembre 2000 ; Cádiz 28 abril y 30 junio 1999 ; Madrid, 9 octubre 1996 , 18 enero y 10 mayo 2000 , 15 abril 2002 , 19-10-2004 y 19-4-2005 ; Alicante 2 diciembre 1999 ; Zamora 9 junio 2000 ; Granada 19 septiembre 2000 ; y Almería 9 septiembre 2002 .*

4.- Independientemente de los términos de la OM de 1989, ya expresados, existen pronunciamientos de la jurisprudencia menor en el sentido de exigir que la comisión bancaria de devolución se haya pactado contractualmente con claridad y precisión, restringiendo la posibilidad de aceptaciones o solicitudes tácitas, rechazando la interpretación de la conducta del cliente descontatario con su aquiescencia a anteriores liquidaciones de comisiones por el mismo concepto, como actos propios de los que deducir su conformidad con ellas, pues el reconocimiento de deuda ha de ser claro, inequívoco y demostrativo de que se está aceptando la certeza y validez del débito en cuestión, de manera que los propios actos precisan para su aplicación 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 ( SSTS. 3 de noviembre de 1990 , 13 de abril de 1993 , 20 de diciembre de 1996 y 28 de enero de 2000 , citadas en SAP Madrid de 19 abril 2005 ), no pudiendo 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 los cargos hoy controvertidos, cargos que van siendo unilateralmente aplicados por la entidad bancaria y que pueden ser judicialmente impugnados mientras la acción no se extinga por prescripción.

Y como también se recoge en la sentencia de la A.P. de Córdoba de fecha 23 febrero 2006 : *Tal cuerpo de doctrina viene a considerar que la comisión de devolución es el cargo que la entidad financiera realiza en la cuenta corriente o de ahorro de la persona que le ha cedido para su cobro un documento, que incorpora una orden de pago y que no ha sido satisfecho. La entrega a una entidad financiera de un documento de las características antes citadas para su cobro, puede obedecer a dos tipos de relaciones concretas entre dicha entidad y el tomador o tenedor de dicho documento: a) Mandato de gestión de cobro (el cliente acude a la entidad a hacer efectivo un cheque o una letra); b) Contrato de descuento (a cambio de una remesa de efectos, la entidad adelanta al cliente el nominal que figura en el propio efecto o efectos, deduciendo del mismo un importe como comisión de gestión de cobro y los intereses devengados al tipo de descuento que en ese momento se aplique).*

*En cualquiera de ambos supuestos el impago del documento entregado puede producirse, y en los dos casos la entidad financiera puede pretender el abono por parte de su cliente de una comisión de devolución.*

*Ahora bien, para que el abono de dicha comisión por devolución sea jurídicamente exigible 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. 48-2 , 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 ("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". Todo ello sin olvidar además que la citada comisión, en la medida que*



derive de una cláusula incorporada a un contrato de adhesión, nos introduce en la órbita del art. 10 de la Ley de Consumidores y Usuarios ; cuyo número 1 y sus requisitos de concreción, documentación y buena fe están en plena sintonía con las normas antes indicadas; no siendo óbice para la proyección al caso de esta última Ley la condición de persona jurídica mercantil, que en múltiples ocasiones tiene el cliente del banco, pues en realidad y a los efectos que aquí interesan no se trata de atender a la concreta actividad productiva que constituye su objeto social, sino a la concreta actividad de gestión de cobro, que como destinatario final, solicita de la entidad financiera en cuestión.

2º.- Que la comisión de devolución corresponda verdaderamente a la prestación de un servicio. Ahora bien, dicha idea debe de ser debidamente matizada. En efecto, el contrato de comisión es el equivalente mercantil del contrato civil del mandato - art. 247 del Código de Comercio en relación al artículo 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".

De lo expuesto hasta ahora se desprende que en esta materia rige el "principio de realidad del servicio remunerado", 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 así deriva del art. 10-bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (perfectamente aplicable al caso, tal y como antes dijimos) en relación con los números 7 y 19 de la Disposición Adicional Primera de la propia Ley. 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 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, y que se relata con detalle en el motivo segundo del recurso de apelación, 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 prolongado (seis años, dijo el antiguo empleado de la demandada que declaró como testigo); 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 :** Aplicando el anterior criterio al caso que nos ocupa, nos encontramos que, aunque el contrato firmado entre la entidad actora y Banesto, en la cláusula sexta está pactado el cobro comisiones por devolución de efectos impagados, en el marco de las operaciones bancarias de descuento surgidas en el desarrollo de las referidas relaciones contractuales, producida la devolución de efectos impagados como una vicisitud surgida en el ejercicio de la actividad de gestión de cobro insita en el descuento bancario, la exigibilidad de la mencionada comisión no se justifica como contraprestación de ningún servicio efectivamente prestado por la entidad bancaria mas allá del contenido propio del contrato de descuento, ya remunerado. Compartiendo este Tribunal el criterio anteriormente expuesto, en el sentido de que, producido el impago de un efecto descontado, el mero hecho de la comunicación de este hecho por el banco al descontatario no comporta la realización de





un nuevo servicio ajeno al propio contrato de descuento y cobro de efectos, que ya tiene su justa retribución en los intereses y comisiones de gestión o de cobro expresamente pactadas en dicho contrato. Lo que provoca que el percibo de comisiones por devolución de efectos carezca de causa que le dé cobertura jurídica, en los términos previstos en el art. 1.274 CC .

Ahora bien plantea la entidad demandada, el defecto procesal en el planteamiento de la demanda, ya que para acceder a lo solicitado debe pedirse en el suplico con carácter previo la nulidad de las cláusulas 5º y 6º del contrato. Si bien es cierta la manifestación realizada por la entidad demandada, habrá que tener en cuenta, que si bien toda la fundamentación jurídica de la demanda hace referencia a la ilegalidad de la cláusula, olvida reseñarla en el suplico, pero a mayor abundamiento, la jurisprudencia ha evolucionado y el Tribunal Supremo en el sentido de que ante una nulidad de pleno derecho o más bien inexistente en el plano jurídico, precisamente por sus características puede ser apreciada de oficio por la Sala de Apelación (sentencias de 24-9-91 , 23-10-1995 , 3-3-1995 y 16-6-1999 ), habiendo declarado la sentencia de 20 de febrero de 2.006 que el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no impide a los Tribunales decidir de oficio, como base a un fallo desestimatorio, la ineficacia o inexistencia de los contratos radicalmente nulos, por presentarse contrarios a la normativa legal de carácter imperativo. En este mismo sentido, la STS. de 18 de Marzo de 2.009 , señala: "Si bien en principio la falta de planteamiento adecuado del tema en casación debería producir el rechazo de plano de su análisis, sin embargo como su previsión normativa opera de oficio sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la Ley (por todas, S. 11 de febrero de 2.003), procede entrar en su examen. Siendo en el momento actual, la polémica ha sido superada, decantándose los Tribunales por la apreciación de oficio de la nulidad reseñada.

Por todo lo expuesto entiende este Tribunal que es improcedente e ilegal la comisión por devolución de efectos impagados cobrada por la demandada a la actora, con el consiguiente nacimiento de la obligación de aquélla de reintegrar a la actora el importe de las cantidades percibidas por el mencionado concepto.

Todo ello conlleva la estimación del recurso de apelación y la consiguiente estimación íntegra de la demanda, y a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.100 , 1.101 y 1.108 del Código Civil , quienes incurren en mora respecto de una obligación consistente en entrega de dinero, vienen obligados a satisfacer al acreedor en concepto de indemnización el interés legal de la suma en descubierto desde que fueron interpelados al pago. Asimismo, el demandado viene obligado a abonar los intereses del principal reclamado que determina el art. 576 LEC computados desde la fecha de la presente resolución hasta la del completo pago de aquél.

**CUARTO** : A tenor de lo anteriormente expuesto procede condenar a la parte demandada al pago de las costas procesales causadas en primera instancia, sin hacer pronunciamiento sobre las originadas en esta alzada por aplicación de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

## FALLO

Que estimando el recurso de apelación planteado por la representación procesal de la entidad Talleres Macor S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Málaga, se debe revocar la citada resolución y en su lugar dictar otra por la que :

1) Que, estimando íntegramente la demanda formulada por la entidad mercantil Talleres Macor S.L., contra la entidad entidad Banesto se acuerda, declarar la ilegalidad de la comisión por devolución de efectos impagados, cobrada por la entidad demandada a la actora en el marco de las relaciones contractuales objeto del presente proceso y condenar a la entidad demandada a pagar a la actora la cantidad de 4.338,17 € como devolución de las cantidades percibidas por el concepto de comisión por devolución de efectos impagados, más los intereses legales de la referida cantidad, desde la interpelación judicial hasta su completo pago, incrementados en dos puntos a partir de la fecha de la presente resolución. Con imposición a la entidad demandada de las costas procesales causadas.

2) Todo ello sin hacer pronunciamiento sobre las costas procesales originadas en esta alzada. Acordándose la devolución del depósito constituido para recurrir.

Notificada que sea la presente resolución remítase testimonio de la misma, en unión de los autos principales al Juzgado de Instancia, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra Sentencia, juzgando definitivamente en segunda instancia, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Fue leída la anterior sentencia, por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, estando constituido en Audiencia Pública, de lo que doy fe.