



Roj: **SAP MA 138/2012 - ECLI:ES:APMA:2012:138**

Id Cendoj: **29067370042012100048**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **4**

Fecha: **21/02/2012**

Nº de Recurso: **282/2011**

Nº de Resolución: **102/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ALEJANDRO MARTIN DELGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 102

AUDIENCIA PROVINCIAL MÁLAGA

SECCION CUARTA

MAGISTRADO PONENTE ILMO. SR.

D.ALEJANDRO MARTIN DELGADO

REFERENCIA:

JUZGADO DE PROCEDENCIA: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº5 DE TORREMOLINOS

ROLLO DE APELACIÓN Nº **282/2011**

JUICIO Nº 261/2010

En la Ciudad de Málaga a veintiuno de febrero de dos mil doce.

Visto, por la SECCION CUARTA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA de esta Audiencia, integrada por el Magistrado indicado al margen, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en juicio de Juicio Verbal (250.2) seguido en el Juzgado de referencia. Interpone el recurso BANCO POPULAR ESPAÑOL SA que en la instancia fuera parte demandada y comparece en esta alzada representado por el Procurador D. CONEJO DOBLADO, M^a DEL MAR y defendido por el Letrado D. FERNANDO VILA CLAVERO. Es parte recurrida NIRMA EUROPE SL que está representado por el Procurador D. ENRIQUE CARRION MAPELLI y defendido por el Letrado D. ALFREDO MARTINEZ MURIEL, que en la instancia ha litigado como parte demandante.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 30-9-10, en el juicio antes dicho, cuya parte dispositiva es como sigue: "Que stimando integrmaente la demanda deducida por el procurador Don Enrique Carrion Mapelli, en nombre y representación de Nirma Europe S.L. contra Banco Popular Español S.A. representado por la procurador Maria del Mar Conejo Doblado se efectuan los siguientes pronunciamientos: PRIMERO.- Debo declarar y declaro la nulidad de la comisión de descubierto a la que se refiere estas actuaciones. SEGUNDO.- Debo condenar y condeno a la demandada Banco Popular Español S.A. a la devolución de la entidad actora de la cantidad de dos mil setecientos treinta y ocho euros con treinta y seis centimos de euros (2.738,36 euros) importe del valor de las cantidades cargadas en concepto de comisión de descubierto; TERCERO.- Asimismo condeno a la entidad demandada, al pago de los intereses legales de la suma antes indicada desde la interposición de la presente demanda" CUARTO.- Igualmente se condeneo a la entidad demandada al abono de las costas causadas en este juicio"..

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite, el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a esta Sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado de ponencia, quedando visto para sentencia.



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

Visto, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. **ALEJANDRO MARTIN DELGADO** quien expresa el parecer del Tribunal.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

En el presente proceso se ejercita por la parte demandante, entidad mercantil NIRMA EUROPE, S.L., una **acción** personal, derivada de las relaciones jurídicas de contratos de cuenta corriente celebrados por la actora con la entidad bancaria demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., dirigida contra esta última a fin de obtener la declaración judicial de la nulidad de la comisión por descubierto en cuenta corriente establecida y cobrada por la demandada en el marco de los mencionados contratos, así como la condena de la demandada al pago de la suma de 2.738,36 euros, importe de las comisiones cobradas por el referido concepto de descubierto en cuenta corriente, más intereses y costas.

La pretensión de la parte actora descansa sobre dos premisas: la ausencia de pacto del pago de las comisiones cuestionadas y la ilicitud del cobro de dichas comisiones junto a la aplicación de intereses por descubierto, por no responder a un servicio efectivamente prestado, con base en la normativa del Código Civil y en la normativa sectorial bancaria.

La **sentencia de primera instancia** ha estimado íntegramente la demanda.

Contra la referida resolución se alza la parte actora por medio del presente **recurso de apelación** .

SEGUNDO.- Decisión del recurso.

La **parte apelante basa su recurso en las siguientes alegaciones:** a) que la comisión fue pactada entre las partes de forma libre y expresa; b) que su establecimiento se atiene en todo a la normativa vigente; y c) que existe causa suficiente y diferenciada para su cobro, consistente en la retribución de un servicio prestado. Alegándose, además, la inexistencia de nulidad, la inaplicación de la normativa protectora de los consumidores y usuarios, y la existencia de jurisprudencia menor opuesta al criterio mantenido en la sentencia apelada.

El recurso de apelación es resuelto en los siguientes términos:

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 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la Contratación y eventualmente la Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, actualmente el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, con entrada en vigor el día 31 de noviembre de 2007.

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.



2.- Esta Sala comparte plenamente las consideraciones que constituyen el fundamento jurídico de la sentencia apelada y que justifican las conclusiones de la Juzgadora *a quo* sobre la ilicitud de las comisiones por descubierto efectivamente pactadas por las partes en los contratos de cuenta corriente, excluyendo que se correspondan con una efectiva prestación de servicios adicionales derivados de la situación de descubierto, por la que ya se establece una cumplida contraprestación a favor de la entidad bancaria mediante la aplicación de un elevado tipo de interés (29%); lo que priva de justificación alguna al cobro de la comisión controvertida; rechazándose la invocación que hace la demandada de la doctrina de los actos propios, que ampararía la aceptación tácita del cobro de las comisiones, deducida del hecho de haber tenido conocimiento de su cargo en la cuenta corriente a través de los extractos periódicos remitidos por la entidad bancaria, sin reparo ni impugnación alguna por el cliente.

El criterio reflejado en la sentencia apelada es el que viene manteniendo esta Audiencia Provincial de Málaga en las ocasiones en que se ha pronunciado sobre la materia (legalidad de comisiones bancarias), siendo exponente de ello la SAP Sección 4ª, de fecha 17 octubre 2008, la SAP Sección 5ª, de fecha 21 enero 2004, y la SAP Sección 6ª, de fecha 14 abril 2009, esta última recogida ampliamente por la Juzgadora *a quo*. Remitiéndonos a la fundamentación jurídica de las referidas resoluciones, que se hacen eco del contenido de otras muchas resoluciones de la jurisprudencia menor, largamente citadas tanto por la parte actora apelada, en sus respectivos escritos de demanda y de oposición al recurso de apelación, como por la propia sentencia apelada; ello sin necesidad de reproducir en la presente resolución unas consideraciones jurídicas que ya se explicitan en la resolución recurrida, y en todas las demás, dándose aquí por reproducidas.

Las alegaciones de la parte apelante carecen de la pretendida eficacia desvirtuadora de los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada. Las cuestiones controvertidas en el presente proceso, concretamente la licitud de las comisiones por descubierto establecidas en los contratos de cuenta corriente concertados entre actora y demandada, en los términos expresados en el escrito de demanda, no ha obtenido una respuesta unánime por parte de los Tribunales de Justicia, siendo así que, junto al criterio seguido por la Juzgadora *a quo*, coincidente con el mantenido por esta Sala, existe un criterio contrario, favorable a la licitud de las comisiones controvertidas, que tiene reflejo en diversas resoluciones de las Audiencias Provinciales (algunas de ellas citadas en el escrito de interposición del recurso de apelación), y que es el aducido por la parte apelante en apoyo de su pretensión impugnatoria de la sentencia recurrida. Circunstancia que resulta irrelevante a la hora de resolver sobre la cuestión de fondo, al mantenerse el pronunciamiento estimatorio de la demanda, pero que ha de tener adecuada repercusión en materia de costas, como después se resolverá.

Predicándose la misma irrelevancia respecto de las alegaciones de la parte apelante sobre la inaplicación de la normativa protectora de los consumidores y usuarios en el presente caso. Y ello porque la decisión sobre la cuestión de fondo se adopta con base sustancial en la normativa del Código Civil y en la normativa sectorial bancaria (antes reseñada), complementada con la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la Contratación; sin necesidad de acudir a la específica legislación protectora de los consumidores y usuarios, ciertamente inaplicable al supuesto enjuiciado, al carecer la entidad mercantil actora de la condición de consumidora o usuaria, conforme a la definición establecida en la mencionada legislación.

3.- Por lo que procede el rechazo del recurso de apelación, sobre la cuestión de fondo.

En materia de **costas** ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

El art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece lo que sigue: *En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.*

Las dudas de derecho concurren cuando una misma norma, o cualquier otro concepto jurídico, admiten varias interpretaciones. Las dudas de derecho vienen determinadas por la existencia de discrepancia en la jurisprudencia a la hora de resolver acerca de una cuestión jurídica concreta, la que, por ello, no encuentra una respuesta uniforme en los Tribunales de Justicia. Es así que para que un caso sea jurídicamente dudoso ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.

Lo que lleva en este caso a apreciar la existencia de serias dudas de derecho, justificando la no expresa imposición de las costas de la primera instancia, revocándose la sentencia apelada sobre este particular.

TERCERO.- Conclusión.

Por todo lo anterior, procede la **estimación parcial del recurso de apelación**, revocándose parcialmente la sentencia apelada en los términos que han quedado expuestos.



La parcialidad de la estimación del recurso comporta la no expresa imposición de las costas de esta alzada, por aplicación de los artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Conforme establece el apartado 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), si se estimare total o parcialmente el recurso o la revisión o rescisión de sentencia, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación. En atención a lo expuesto, en nombre de S.M. el Rey y por la autoridad conferida en la Constitución,

FALLO

Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la entidad bancaria demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. contra la sentencia dictada en fecha treinta de septiembre de dos mil diez por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de Primera Instancia nº 5 de Torremolinos en los autos de Juicio Verbal nº 261/10, promovidos por la entidad mercantil NIRMA EUROPE, S.L., de los que dimana el presente rollo, DEBO REVOCAR Y REVOCO PARCIALMENTE dicha resolución en el sentido de dejarse sin efecto el pronunciamiento de condena en costas de la parte demandada, acordando no haber lugar a la expresa imposición de las costas de la primera instancia, con mantenimiento del resto de pronunciamientos. Ello sin expresa imposición de las costas procesales de la presente alzada. Acordándose la devolución del depósito prestado por la parte apelante para recurrir en apelación.

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, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la dictó, estando celebrando audiencia pública de lo que doy fe.-