

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 4 MURCIA

SENTENCIA: 00155/2019

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

CIUDAD DE LA JUSTICIA, AVDA. DE LA JUSTICIA S/N, FASE 2, MODULO 1 - PLANTA PRIMERA; C.P.30011
Teléfono: 968277441-968229100, Fax: 968879577

Correo electrónico:

Equipo/usuario: DGM

Modelo: N04390

N.I.G.: 30030 42 1 2019 0004513

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000275 /2019

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

DEMANDADO D/ña. BANCO SANTANDER SA

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA

Núm. 155/19

En la ciudad de Murcia, a nueve de octubre del año dos mil diecinueve.

Vistos por su S.S^a, D^a [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] **MAGISTRADA-JUEZ** del **Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Murcia** y su Partido los precedentes autos de **Juicio Declarativo Ordinario n° 275/19** seguidos en este Juzgado a instancias de [REDACTED] [REDACTED] representado por la Procuradora D^a [REDACTED] [REDACTED] y defendida por el Letrado D [REDACTED] [REDACTED] contra **BANCO SANTANDER, S.A.** representada por el Procurador D [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] y defendida por el Letrado [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] que versa sobre reclamación de cantidad; y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la Procuradora D^a [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] en nombre y representación de [REDACTED] [REDACTED] se presentó demanda de juicio ordinario que fue turnada a este Juzgado, en la que solicitaba al Juzgado que dictase sentencia por la que se condene a la demandada a abonar a mi representada la cantidad de TRECE MIL CIENTO SESENTA Y CINCO EUROS CON SESENTA Y UN CÉNTIMOS (13.165,61 €), más los intereses legales y con expresa imposición de costas.

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a la parte demandada para que en el plazo de veinte días contestase la demanda formulada en su contra con los apercibimientos legales correspondientes.



TERCERO: Emplazado en legal forma la parte demandada, por el Procurador ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ en nombre y representación de Banco Santander, SA se presentó escrito oponiéndose la demanda interpuesta y solicitando que se desestimase la demanda con expresa condena en costas de la parte actora.

CUARTO: Se tuvo por contestada la demanda y se acordó citar a las partes para la celebración de la audiencia previa, siendo citadas las partes personadas en legal forma. El día señalado tuvo lugar la celebración de la citada audiencia previa, en la que las partes ratificaron sus respectivos escritos y dieron cumplimiento al resto de las previsiones legales; asimismo la representación procesal de la parte actora manifestó que por error reclamaba en la demanda 2 comisiones de descubierto por importe de 18 €, cada una de ellas, de otra empresa, por lo que renunciaba a su cobro, importando la reclamación 13.129,61 €. Recibido el pleito a prueba, por la parte actora se propusieron las de: - documental por reproducida, y por la parte demandada se propusieron las de: - documental por reproducida, - interrogatorio de la parte actora y - testifical, admitiéndose las mismas en los términos que constan en el acta levantada, tras lo cual quedaron los autos vistos para sentencia.

QUINTO: En la tramitación de este procedimiento se han cumplido todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Planteamiento de la litis

Ejercita la mercantil actora, ■ ■ ■ ■ ■ acción personal de reclamación de cantidad, interesando se condene a Banco Santander, SA al reintegro de comisiones de descubierto y de devolución que refiere, indebidamente cobradas, en los contratos de cuenta personal y de crédito que suscribió con la entidad demandada y que importan un total de 13.129,61 €.

Por su parte el Banco demandado, solicita su absolución de los hechos de la demanda en base a los argumentos que a continuación se exponen: Primero: porque la actora es una entidad mercantil que conoce las operaciones que suscribe y como tal no le resultan de aplicación las normas de protección de consumidores y usuarios. Segundo: porque la Entidad demandada envió una comunicación a la empresa actora que recogía información sobre las camiones y gastos devengados por cada servicio bancario prestado durante el año anterior. Tercero: porque las comisiones de descubierto obedecen a



servicios efectivamente prestados por el Banco, solicitados por la actora y que no se remuneran a través del interés cobrado por el tipo de interés de descubierto y en el presente caso las comisiones obedecen a descubiertos que se produjeron porque el Banco a petición de cliente afrontó con fondos propios que, en otro caso, hubieran quedado incumplidas frente a terceros. Cuarto: porque las comisiones por devolución de efectos comerciales se cobraron en virtud del contrato suscrito por las partes y además dichas comisiones son conformes con lo dispuesto en la Orden 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito y con lo establecido en la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Quinto: porque el Banco demandado ha cumplido los requisitos exigidos por la jurisprudencia, en la aplicación de la normativa anteriormente reseñada para la legalidad de las comisiones derivadas de la devolución de efectos mercantiles y son: 1) que dicha cláusula haya sido pactada; 2) que obedezca a un servicio efectivamente prestado o un gasto habido; 3) que dicho servicio haya sido aceptado o solicitado por el cliente. Sexto: porque la pretensión de la parte actora es extemporánea, pues ha tardado casi 3 años en presentar la reclamación, lo que supone un ejercicio abusivo del derecho, y además la validez de las cláusulas ha sido expresamente confirmada por la reclamante, por lo que resulta de aplicación al supuesto de autos la teoría de los actos propios, así como la doctrina del retraso desleal.

SEGUNDO: Comisión de descubierto

Sentados los términos de la litis, entraremos a analizar la primera de las cuestiones controvertidas que nos ocupan y es la relativa a la procedencia del reintegro de las comisiones por descubierto que solicita la mercantil demandante y le niega el Banco demandado durante el periodo comprendido entre enero de 2012 y junio de 2018, en el marco de los contratos concertados.

La pretensión de la parte actora descansa sobre una determinada premisa: la ilicitud del cobro de comisiones por descubierto, 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.

Pues bien, en el supuesto de autos una vez examinada la documental aportada por los contendientes (extractos) se estima que las comisiones de descubierto efectivamente pactadas por las partes en los contratos de cuenta personal y de crédito son ilícitas y por consiguiente indebidas, en cuanto que no consta que se correspondan con una efectiva



operación de servicios adicionales derivados de la situación de descubierto, pero es que además al venir representada la misma por un porcentaje de interés el 4,5% sobre el mayor saldo deudor en descubierto de un periodo concreto, con un mínimo de 15,03 €, por definición ese cálculo porcentual, excluye directamente la posibilidad de que la comisión obedezca a la existencia de unos concretos gastos que la entidad haya tenido que afrontar o de un servicio realmente prestado "al margen" de los habituales que forman la práctica bancaria, todo ello sin obviar 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 le priva de justificación alguna la comisión controvertida, pues supondría una doble remuneración para un mismo concepto, debiéndose rechazar 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 las cuentas a través de los extractos periódicos remitidos por la entidad bancaria, sin reparo ni impugnación alguna por el cliente.

TERCERO: Comisión de devolución de efectos impagados.

Sobre el cobro de dichas comisiones 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.



Independientemente de los términos de la Orden EHA 2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y, anteriormente, el capítulo Uno quinto de la Orden de 12-12-1989, que exige que las comisiones respondan a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos, 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 descontentaría 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.

Como resuelve la sentencia de la AP 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., 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, 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 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; 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.

Aplicando el anterior criterio al caso que nos ocupa, nos encontramos que, aunque el contrato firmado entre la entidad actora y Banco Santander está pactado el cobro comisiones por devolución de efectos impagados y 70 recibos, 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 ínsita 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; por consiguiente, 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. 1274 CC.

Los argumentos hasta el momento expuestos conducen a declarar que es improcedente e ilegal la comisión por descubierto, así como la comisión de devolución de efectos impagados cobradas por la demandada a la actora, con el consiguiente nacimiento de la obligación de aquélla de reintegrar el importe de las cantidades percibidas por los mencionados conceptos, cifradas en 13.129,61 €.



CUARTO: En cuanto a los intereses, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1100, 1101 y 1108 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, la demandada viene obligada 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.

QUINTO: La estimación de las peticiones esenciales de la demanda conlleva, al amparo de lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la condena en costas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados, los invocados por la parte actora y demás de pertinente aplicación al caso de autos.

FALLO

Que **estimando la demanda** presentada por la Procuradora D^a [REDACTED] en nombre y representación de [REDACTED] contra **BANCO SANTANDER, S.A.** representada por el Procurador D [REDACTED] **debo condenar a la parte demandada a que abone a la parte actora** la cantidad de **TRECE MIL CIENTO VEINTINUEVE EUROS CON SESENTA Y UN CÉNTIMOS (13.129,61 €)**, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de requerimiento de pago hasta el completo pago de la deuda, así como las costas causadas en esta instancia.

Esta sentencia no es firme, y contra la misma cabe recurso de apelación que deberá ser interpuesto **en el plazo de veinte días** desde la notificación de la presente resolución, a través de escrito presentado en este Juzgado en **la forma prevista en el artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**, para su conocimiento y fallo por la **Audiencia Provincial de Murcia. Para la interposición de dicho recurso es necesario la constitución de depósito por importe de 50 €** en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado (3087-0000-04-275/19) de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ, lo que deberá ser acreditado a la presentación del recurso.

Así por esta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos lo pronuncio, mando y firmo.



PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por la Ilma. Sra. Magistrada que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

