

NOTIFICADO 24-06-2013

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 3
DE ANTEQUERA Y VIOLENCIA SOBRE LA MUJER.**

JUICIO ORDINARIO Nº [REDACTED]

SENTENCIA Nº 72/2013.

En Antequera a 19 de junio de 2013. Dña. María José García Sánchez, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número tres y de Violencia sobre la Mujer de esta Ciudad; habiendo visto los presentes autos de **Juicio Ordinario Nº [REDACTED]** promovidos a instancia de [REDACTED] representada por el/la procurador/a don/doña [REDACTED] y defendida por el/la letrado/a don/doña [REDACTED] contra **Banco Popular, S.A.** representada por el/la procurador/a don/doña [REDACTED] y defendida por el/la letrado/a don/doña [REDACTED] **versando el juicio sobre reclamación de cantidad.**

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- La representación de la parte actora presentó demanda de Juicio Ordinario, de acuerdo con las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dicte sentencia estimatoria de la demanda por la que se acuerde:

1) Condenar a la demandada a la devolución de la cantidad de 28.240,08 € importe del valor de las cantidades cargadas indebidamente en concepto de comisión de descubierto, con condena a la demandada al pago de las costas, y de los intereses legales desde la reclamación extrajudicial instada por [REDACTED] S.L. en fecha 01/08/2012.

SEGUNDO.- Turnada a este Juzgado la demanda y admitida a trámite, se emplazó a la demandada, quien compareció, y se opuso a la estimación de la demanda, con base en los fundamentos de hecho y de derecho de su escrito de contestación.

Se convocó a las partes a la celebración de la audiencia previa, en la cual no se plantearon excepciones procesales, se fijaron los hechos, y se propuso y admitió la prueba.

El juicio oral se celebró el día señalado al efecto, con la práctica de la prueba propuesta y admitida, se formularon a continuación por las partes sus conclusiones, quedando los autos pendientes de dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- En el presente procedimiento se ejercita una acción de

reclamación de cantidad (28.240,08 euros) en concepto de principal, más los intereses legales y costas con fundamento en el contrato suscrito entre las partes.

Alega la actora que su defendido es una persona jurídica ajena al mundo financiero, que para atender sus obligaciones financieras suscribió varios contratos de cuenta corriente con la entidad Banco Andalucía, hoy Banco Popular, S.A. una con nº [REDACTED] y otra con nº [REDACTED]. Esgrime que no se le entregó copia de los contratos suscritos, por lo que desconocía las condiciones y la entidad demandada efectuaba los cargos y le remitía extractos de las liquidaciones de intereses y comisiones, negando la existencia de pacto expreso para el cobro de comisiones por descubierto, las cuales alega se le cobraron de forma indebida.

La demandada procedió, según expone la demanda, a cargar comisiones al actor, algunas de las cuales respondían a un servicio prestado y otras no, como la comisión de descubierto, en una cuenta por importe de 9.179,46 euros y en otra por importe de 19.060,62 euros, por lo que dicen carecen de causa para su repercusión, con infracción de la normativa del Banco de España.

La parte demandada se opone a la demanda alegando que el 7 de abril de 1995 se firmó un contrato de apertura de cuenta corriente, y el 10 de abril de 2008 una póliza de cuenta de crédito. Expone que según se desprende del propio documento nº1 se entregó una copia del contrato al actor donde figuraban las comisiones, esgrimiendo que la misma fue pactada con el actor. Dice que la comisión remunera un servicio prestado por el banco consistente en consentir y administrar el descubierto, con independencia del interés convenido. Dice que con el interés se remunera el préstamo y con la comisión se paga el servicio al Banco por la concesión de una especial de micrédito cada vez que se produce un descubierto.

SEGUNDO.- Atendidas las normas generales sobre obligaciones y contratos, dispone el art. 1090 del CC que las obligaciones que nacen de los contratos tiene fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos. El art. 1254 del CC nos dice que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra y otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio. Así mismo el art. 1255 del CC dispone que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público, y el art. 1258 del mismo texto dice que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Según la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, en su norma tercer, punto tres dice “las comisiones y gastos repercutidos deben 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”.

Sobre la licitud de las comisiones de descubierto se ha pronunciado en

reiteradas ocasiones la Audiencia Provincial de Málaga, entre ellas, la Sentencia nº 138/2012, de la Sección 4º, de 21 de febrero de 2012 dice “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”.

TERCERO.- En el caso de autos se reclama la comisión por descubierto cobrada al actor por la entidad Banco Andalucía, actualmente Banco Popular Español, S.A. al tipo del 4,5% desde enero de 2008 a julio de 2009 respecto al contrato de cuenta corriente nº [REDACTED] y durante el mes de julio de 2008 en el contrato de cuenta de crédito nº [REDACTED] al tipo de 4,5%, por importe total de 28.240,08 euros, cuantía que no ha sido impugnada por la parte demandada.

Se alega por el actor en primer lugar la falta de pacto expreso de la citada comisión y el desconocimiento de la misma, si bien, en la copia del contrato de cuenta corriente aportado por la demandada como documento nº 1 se dice “la cuenta se regirá por las “Condiciones Generales” que figuran al dorso del presente contrato, que declaramos conocer y a las cuales damos conformidad y cuya copia, anexo y folleto con las tarifas de comisiones, gastos repercutibles y normas de valoración aplicables, recibimos en este acto”. En las codiciones generales, concretamente en la número diez, se dice “La cuenta corriente o de ahorro puede ser soporte de crédito en descubierto a los tipos de interés y comisión reseñados en la documentación de apertura”. Y en la póliza de contrato de crédito en las condiciones de liquidación se incluye entre las comisiones la “de exceso: 4,500%”, indicándose en dicha póliza que “expresamente las partes intervinientes manifiestan su conformidad y aprobación al contenido del presente contrato”. Además el propio representante de la entidad actora admitió en el acto del juicio oral conocer la existencia de dicha comisión.

De ello se desprende al menos que el actor tuvo conocimiento de la comisión por descubierto que le era aplicable, con independencia de su negociación previa o no, pues es notorio que ambos contratos son prototipos de contratos de adhesión, cuyas cláusulas no se negocian de forma individualizada con el cliente, si no que están predeterminadas por la entidad bancaria.

No obstante constar el conocimiento por la entidad actora de la comisión por descubierto, las cobradas y cuya devolución se insta en este procedimiento no consta que respondan a la prestación de un servicio específico de la entidad bancaria, pues el simple descubierto no justifica sin más el cobro de la comisión,

más cuando además se cobra un interés por saldos excedidos, que en el caso de la cuenta corriente era del 27,50 % y en la cuenta de crédito del 23,250%, según los contratos aportados por la demandada, más que suficiente para remunerar e indemnizar a la entidad demandada por el descubierto en cuenta, sin que se haya probado la realización de actividad alguna tendente a autorizar o gestionar de modo alguno los citados descubiertos con posterioridad a la celebración del contrato inicial, y los apuntes contables ya son objeto de otra comisión, comisión de administración además de la comisión de mantenimiento también cobrada a la actora según se desprende de los recibos aportados por la entidad actora junto a su demanda, por lo que no constando que la comisión de descubierto responda a la prestación de servicio alguno como exige la normativa bancaria anteriormente citada, la misma debe entenderse que carece de causa y por tanto no produce efecto alguno, al amparo del art. 1.275 del CC, declarándose nula, sin que el pago de dichas cantidades por la actora subsane la falta de causa de su devengo, debiendo procederse a la devolución de la cantidad cobrada por la demandada a la actora en concepto de comisión de descubierto sin causa lícita alguna que la justifique, con estimación de la demanda.

CUATRO.- Se interesa por el actor la condena al pago de los intereses legales devengados por la cantidad reclamada en concepto de principal, lo cual procede al amparo del art. 1.100, 1.101, 1.108 del Código Civil, y constando únicamente reclamación extrajudicial según el documento nº 2 de la demanda respecto a la comisión de descubierto cobrada en relación con el contrato de cuenta corriente nº [REDACTED] con fecha 1 de agosto de 2012, y no respecto al contrato de crédito, la cuantía que debe devolverse por comisiones de descubierto del contrato de cuenta corriente, 9.179,46 euros devengarán el interés legal del dinero desde su reclamación extrajudicial, el 1 de agosto de 2012 hasta su pago, en tanto que la cuantía que deriva del contrato de cuenta de crédito, 19.060,62 euros, devengará el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda, 20 de noviembre de 2012 hasta su pago.

QUINTO.- Conforme al artículo 394.1 de la LEC al estimarse sustancialmente la demanda procede condenar a la parte demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

1. Estimo sustancialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de PVC MAHIPLAST, S.L. contra Banco Popular Español, S.A.

2. Condeno a Banco Popular Español, S.A. a abonar a [REDACTED] S.L. la cantidad de veintiocho mil doscientos cuarenta euros con ocho céntimos de euro en concepto de principal (28.240,08 euros) más el interés legal devengado por la cantidad de 9.179,46 euros desde su reclamación extrajudicial, el 1 de agosto de 2012 hasta su pago, y el interés legal devengado por la cantidad de 19.060,62 euros, desde la fecha de interposición de la demanda, 20 de noviembre de 2012 hasta su pago,

incrementados en ambos casos en dos puntos desde la presente resolución.

3. Condeno a Banco Popular Español, S.A. a abonar las costas causadas en este procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial en el plazo de veinte días, previa constitución del depósito previsto legalmente en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado en Banesto y las tasas judiciales correspondientes.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia hallándose celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de todo lo cual yo, el Secretario doy fe.