

# JDO.IA.INST.E INSTRUCCION N.1 CALAHORRA

SENTENCIA: 00042/2020

DEMANDANTE D/ña. XXXX  
Procurador/a Sr/a. XXXX  
Abogado/a Sr/a. AZUCENA NATALIA RODRIGUEZ PICALLO  
DEMANDADO D/ña. BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.  
Procurador/a Sr/a. XXXX  
Abogado/a Sr/a. XXXX

## SENTENCIA

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000252 /2019.

JUEZ QUE LA DICTA: XXXX

Demandante: XXXX ..

Abogado: AZUCENA NATALIA RODRIGUEZ PICALLO.

Procurador: XXXX

Demandado: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A ..

Abogado: XXXX

.Procurador: XXXX.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El 7 de junio de 2019 el Procurador de los Tribunales Sr. XXXX presentó, en nombre y representación de XXXX., demanda de juicio ordinario contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A, en la que, una vez esgrimidos los fundamentos de hecho y de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando que se " se dicte sentencia en la que se estime íntegramente la Demanda. y se condene al demandado a satisfacer ala demandante la cantidad de 53.892,90.-

euros(correspondientes a las comisiones de descubierto, comisión de riesgo, comisión por devolución de efectos, comisión cobro impagado y comisión recuperación de efectos impagados de la cuenta nº XXXX, anteriormente cuenta nº XXXX) con los intereses legales y moratorios que corresponden, así como al pago de las costas de este procedimiento

. **SEGUNDO.-** Admitida a trámite la anterior demanda, por Decreto de fecha 5 de septiembre de 2019, se emplazó a la parte demandada para que compareciera y contestara la misma.

**TERCERO.-** El 11 de octubre de 2019 la Procuradora de los Tribunales, Sra. XXXX, presentó, en nombre y representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. escrito de contestación a la demanda, en el que, tras invocar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando "oportunos, dicte Sentencia en la que desestime íntegramente la demanda, todo ello con condena en costas a la parte demandante

**CUARTO.-** En el acto de la audiencia previa, celebrada el 26 de febrero de 2020, subsistiendo el litigio entre las partes, se concedió la palabra a ambas a fin de ratificarse en sus respectivos escritos, pronunciarse sobre la documental aportada de contrario, fijación de hechos controvertidos y proposición de la prueba que consideraran procedente; siendo admitida la que se consideró pertinente y útil, en los términos que constan en las actuaciones, y quedando fijada la celebración del juicio para el día 2 de julio de 2020.

**QUINTO.-** En el día y hora señalada, comparecieron ambas partes practicándose la prueba propuesta y admitida, tras lo cual se pasó a la fase de conclusiones quedando, a continuación, el juicio visto para sentencia

**SEXTO.-** En el presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- Hechos y objeto del procedimiento.**

1.- La mercantil demandante ejercita una acción de reclamación de cantidad en relación con el cobro indebido, alegando que la entidad financiera demandada ha venido cobrándole varias comisiones de manera automática e indebida, puesto que no se corresponden con servicios reales y efectivamente prestados en favor del cliente. Concretamente, se refiere a varias comisiones que derivan principalmente de un contrato de cuenta a la vista celebrado el 30 de diciembre de 1997, así como de una póliza de contrato mercantil de arrendamiento financiero de bienes muebles suscrito el 27 de febrero de 2007 y un contrato de escritura de préstamo hipotecario formalizada el 5 de mayo de 2009. Son las siguientes:

Comisión de descubierto

Comisión de riesgo

Comisión de devolución de efectos

Comisión de cobro de impagados

Comisión de recuperación de efectos impagados

2.- En virtud de lo anterior, argumenta que el banco demandado ha venido realizando cargos en su cuenta, correspondientes a estas comisiones, por valor de 53.892'90 euros, que ahora reclama.

3.- Por su parte, BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. (en adelante, BBVA) alega que las comisiones a las que se refiere la demandante -salvo la comisión por descubierto-, no corresponden al contrato citado por ella, sino a dos contratos de cobertura para negociación de documentos y créditos comerciales celebrados en 2001 y 2006, respectivamente, y a una póliza para cobertura de límite de

garantías bancarias, también de 2001. Asimismo, BBVA expone que todas las comisiones reclamadas son lícitas y su cobro está plenamente justificado, invocando, además, la doctrina de los actos propios para oponerse a las pretensiones de la demandante.

En atención a todos los datos expuestos en párrafos anteriores, los hechos controvertidos en este pleito son los siguientes: a) Existencia o inexistencia de un cobro indebido de comisiones bancarias: ¿son servicios reales, pactados y prestados efectivamente por BBVA?, y b) ¿Ha infringido la demandante la doctrina de los actos propios

## **SEGUNDO.- Cobro indebido de comisiones bancarias.**

Como ya he adelantado, la mercantil demandante ejercita una acción de reclamación de cantidad con aplicación de lo dispuesto en el artículo 1895 del Código Civil (en adelante, CC) sobre el cobro de lo indebido. Así pues, y siendo varias las comisiones cobradas y ahora reclamadas, procede el análisis separado de cada una de ellas

### 1.- Comisión por descubierto

No resulta un hecho controvertido que la sociedad demandante suscribió con BBVA un contrato de apertura de cuenta a la vista no consumidores el 30 de diciembre de 1997 (nº cuenta XXXX XXXX XXXX). En dicho contrato, aportado como documento nº 3 de la demanda, se establecen las siguientes condiciones:

Tipo nominal: 29,00%

Reclamación descubiertos: 2.500 pts

Comisión descubiertos: 20,00%. Importe min.: 500 pts

En la cláusula novena del contrato se puede leer lo siguiente: *"Cuando se efectúen reclamaciones de reposición de descubierto y para compensar gastos de gestión de regularización se percibirá el importe establecido en la casilla "Reclamación descubiertos", por una sola vez y por cada posición de descubierto que pueda tener la cuenta y sin perjuicio, en su caso, de los gastos judiciales que se deriven."* Basa su reclamación la demandante, entre otras normas, en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989, por la que se fijan los tipos de interés y comisiones, así como las normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito (actualmente derogada por la letra a) de la disposición derogatoria única de la Orden EHA/2889/2011, de 28 de octubre, de Transparencia y protección del cliente de servicios bancarios) cuyo artículo 5 dispone: Las comisiones por operaciones o servicios prestados por las entidades de crédito serán las que estas fijen libremente. No obstante, las entidades de crédito

establecerán y harán públicas, previo registro en el Banco de España, unas tarifas de comisiones y gastos repercutibles con indicación de los supuestos y, en su caso, periodicidad, con que serán aplicables, no pudiendo cargar tipos o cantidades superiores a los contenidos en las mismas o conceptos no mencionados en ellas. Tales tarifas podrán excluir las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional o singular, y en los supuestos que el Banco de España determine, de aquellos otros en los que intervenga apreciablemente el riesgo. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos."También lo fundamentan la actora en la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, en cuya Norma Tercera se dispone lo siguiente:

"1. Todas las Entidades de Crédito establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a la clientela por las operaciones o servicios realizados o iniciados en España, sin otras limitaciones que las contenidas en la Orden y en la presente Circular

3. 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. Consecuentemente, no podrán exigirse comisiones de apertura o similares en los descubiertos en cuenta corriente por valoración, o reiterarse su aplicación en otros descubiertos no pactados que se produzcan antes de la siguiente liquidación de la cuenta. Con carácter previo debe señalarse, que XXXX carece de la condición de consumidores en la contratación objeto de autos, ya que suscribieron los contratos de cuenta corriente con la entidad BBVA en el ámbito de su actividad empresarial. Esta cuestión no se ha discutido en el presente procedimiento. Por todo ello, no es aplicable al presente supuesto la normativa protectora en materia de consumidores ni la jurisprudencia que la desarrolla.

Ahora bien, cosa distinta a la nulidad de la cláusula es la correcta aplicación de la misma por parte de la entidad demandada. Partiendo de dicha base, resulta necesario señalar que nos encontramos ante una comisión cuya legalidad ha sido reconocida legal y jurisprudencialmente, y que es plenamente compatible con los intereses de demora. En este sentido, la sección 8ª de la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia nº 501/2017, de 19 de diciembre de 2017, citando a su vez, la sentencianº 484/2010 de la Sección 10 de la AP de Madrid sobre las comisiones por

saldo en descubierto, dice lo siguiente: *"Respecto a la procedencia del cobro de comisiones de descubierto en cuenta corriente éstas serían procedentes junto con intereses de demora, pues no cabe confundir un concepto con otro, y el Banco de España admite el cobro de ambos conceptos, como se deduce del contenido de la Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2007 Sigue diciendo la anterior sentencia que "/as comisiones bancarias solo son lícitas y exigibles cuando cumplen dos requisitos: haber sido pactadas por ambas partes (y liquidadas con arreglo a lo pactado), y además no carecer de causa, por responder a un servicio real y efectivamente prestado por la entidad bancaria.*

*Se trata de requisitos derivados del régimen jurídico general sobre obligaciones y contratos, por cuanto la exigibilidad de las obligaciones dimana de la recíproca prestación del consentimiento por ambas partes (art. 1091, 1258 y 1256 CC), y resultan ineficaces aquéllas que carecen de causa o albergan una causa ilícita (art. 1275 CC). Ambas exigencias están expresamente reflejadas en la Circular 8190, de 7 de septiembre (RCL 1990, 1944), del Banco de España, sobre Transparencia de las Operaciones y Protección de la Clientela, a cuyo tenor "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". En el presente caso, no se ha discutido que la comisión de descubierto se pactó libremente por acuerdo entre los contratantes en los contratos suscritos entre las partes y que las cláusulas que las contemplaban eran sencillas, claras, comprensibles, legibles y fáciles de entender para la demandante. Así pues, procede entrar a resolver si dicha comisión se liquidó por la entidad demandada tras prestar ésta un servicio real y efectivo a la demandante. La Sentencia anteriormente citada, citando a su vez, la sentencia nº 484/2010 de la Sección 10 de la AP de Madrid sobre las comisiones por saldo en descubierto dice:*

*Respecto a la procedencia del cobro de comisiones de descubierto en cuenta corriente éstas serían procedentes junto con intereses de demora, pues no cabe confundir un concepto con otro, y el Banco de España admite el cobro de ambos conceptos, como se deduce del contenido de la Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2007. Ahora bien, los intereses de demora o más propiamente <<intereses de descubierto >> remuneran los daños y perjuicios pero la comisión de descubierto, no es eso lo que remunera, sino un servicio nuevo que se presta por parte del Banco al cliente deudor, pues, en definitiva, se admite*

*un nuevo crédito al cliente en forma de descubierto en su cuenta, lo cual determina que el Banco se vea obligado a realizar un especial análisis a fin de permitir o no dicho crédito excepcional que ha de ser remunerado, si bien el criterio mayoritario en el sentir jurisprudencia/ entiende que el interés en cuestión tiene por objeto indemnizar al Banco por los daños y perjuicios derivados por la concesión de ese crédito en descubierto, siendo ello la razón de que se pacten tipos muy superiores a los de los intereses remuneratorios de los créditos ordinarios. Frente a ello aduce la parte recurrente, que el objeto de la comisión que se analiza es remunerar al Banco por la prestación de un servicio adicional cual es el de realizar un análisis para decidir si permite o no dicho crédito excepcional. Pese a lo argumentado en el recurso lo cierto es que no acredita la apelante la efectiva realización de servicio adicional alguno inherente a la situación de descubierto, más allá de la explicación tipo de que la situación de descubierto requiere el análisis de las circunstancias en virtud de las cuales se produce el mismo y de las operaciones que lo genera, así como de la previsible duración de la situación con comprobación de la solvencia del cliente, actuación que en sí debería dejar algún rastro documental que se ha obviado aportar a tres actuaciones, y lo cierto es que cuando las Entidades de crédito acceden a conceder a sus clientes un crédito de descubierto, les cobran importantes sumas de dinero como contraprestación a ello, mediante la aplicación de importantes tipos de interés, muy superiores a los que se cobran por los préstamos ordinarios, lo cual evidencia que la razón de ser de estos importantes tipos de interés es porque con los mismos, además de remunerarse por el dinero prestado, se indemniza al Banco por la especial situación que se crea por el descubierto, pues han de realizarse mayores apuntes, se corre mayor riesgo, es decir existe coincidencia con lo que pretende retribuir la comisión por descubierto, por lo que de admitirse la postura de la entidad bancaria, se produciría una doble remuneración, para un mismo servicio, lo cual no resulta admisible, por vulnerar tanto el derecho civil común, como la normativa sectorial bancaria, conforme a la cual la contraprestación a favor del Banco, en los préstamos, se establece un tipo de interés, no una comisión.*

*En definitiva la recurrente no ha acreditado la prestación efectiva de servicios adicionales derivados de la situación de descubierto, que aduce en justificación del cobro de comisión, distintos a aquellos que ya analizó y estudió el Banco al realizar*

*el contrato, que contemplaba ya la posibilidad de descubierto, por lo que no resulta admisible cobrar una comisión porque se haya producido un descubierto, cuando se trata de un riesgo que el Banco asumió en su día, estando previsto expresamente en el contrato, riesgo que se satisface con los elevados intereses pactados para el caso de que concurriese tal situación, procediendo por todo ello, confirmar la Sentencia recurrida en cuanto al particular examinado".*

En el presente caso, la parte demandada ha venido sosteniendo que el pacto de comisión de descubierto se encuentra totalmente justificado. En la demanda se limita a decir, literalmente, que "La comisión de descubierto se justifica por esos fondos que se adelantan". Sin embargo, no realiza la demandada desarrollo alguno sobre esos "fondos que se adelantan" ni justifica que se haya realizado algún tipo de análisis de la solvencia de la demandante.

Lo cierto es que ni la actora ha probado la falta de prestación de dicho servicio por el BBVA ni éste ha aportado prueba de que dicho servicio se prestara a la actora, ya que el único testigo que depuso en juicio (D. Francisco Javier Macieira Rodrigues, trabajador de la demandante) manifestó desconocer si en las cuentas existió algún tipo de descubierto. Nos encontramos, por tanto, ante la falta de prueba de un hecho controvertido (prestación real de servicios por parte del banco al aplicar la comisión de descubierto), debiéndose analizar, conforme al artículo 217 de la LEC y jurisprudencia que lo desarrolla, a cuál de las partes correspondía probar dicho extremo.

El artículo 217 de la LEC, en sus apartados 2 y 3, establece que corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda, e incumbe al demandado la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior; lo cual significa que corresponde a la parte actora acreditar los hechos constitutivos del derecho cuyo reconocimiento y protección invoca y, a la parte demandada, los impeditivos o extintivos del mismo, sin que deba desconocerse, por un lado, que, conforme al apartado 1 del referido precepto, si al tiempo de dictar Sentencia el Tribunal considera dudosos unos hechos relevantes para la decisión, habrá de desestimar las pretensiones del actor, si a éste le

corresponde la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones, y, por otro que, a tenor del apartado 7 del artículo, para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores, el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio.

En cuanto a la disponibilidad y facilidad probatoria a la que hace referencia el apartado 7 del precepto, la Sentencia del TS de 18 de mayo de 1988, con cita de otras varias, se refiere a la correcta interpretación de la doctrina legal sobre la carga de la prueba *"según criterios flexibles y no tasados, que se deben adoptar en cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte"*, debiendo también señalarse que, tal como se extrae de la Sentencia del TS de 15 de diciembre de 1999, las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba para quien tenía la carga de probar no son aplicación en los casos de imposibilidad de probar, de ahí que la dificultad que puede determinar el desplazamiento de la carga a la otra parte exija la posibilidad - facilidad - para esta parte de llevarla a cabo. Sentado lo anterior, si bien es cierto que correspondía a la parte demandante acreditar que el BBVA no llevó a cabo los servicios por los que liquidó la comisión de descubierto al ser fundamento de su pretensión, la dificultad que tenían a la hora de probar dicho extremo, al tratarse dichos estudios de actividades y documentos internos de la entidad bancaria demandada, unida a la facilidad que tenía ésta de probar la realización de los estudios por los que se liquidó la comisión de descubierto, lleva a considerar probado que dichos estudios que justificarían el cobro de dicha comisión no se efectuaron. Por ello, en base a la jurisprudencia anteriormente citada, no resulta admisible cobrar una comisión por el simple hecho de que se haya producido un descubierto, cuando se trata de un riesgo que el Banco asumió en su día, estando previsto expresamente en el contrato, riesgo que se satisface con los elevados intereses pactados para caso de que concurriese tal situación. En consecuencia de todo lo anterior, no habiendo quedado probado que BBVA realizara estudio alguno de las demandantes que justificara liquidar la comisión de descubierto, o cualquier otra actividad adicional, se la condena a reintegrar las cantidades obtenidas en aplicación de las cláusulas de comisión de descubierto previstas en los contratos de cuenta celebrados con VIDRIERA ARTE SAN S.L. en fecha 31 de diciembre de 1997



2.- Comisiones de devolución de efectos, cobro de impagados y recuperación de efectos impagados. En base a los mismos argumentos que para la primera comisión estudiada (no correspondencia a servicios reales y efectivamente prestados), reclama las comisiones de devolución de efectos, cobro de impagados y recuperación de efectos impagados. La parte demandada alega que estas comisiones (y la de riesgo) no corresponden a los contratos aportados por la demandante sino a dos contratos de cobertura para negociación de documentos y créditos comerciales celebrados en 2001 y 2006, respectivamente. No influye para la resolución del fondo del asunto si las comisiones tienen su origen en los contratos señalados por la demandante o en los referidos por la demandada, puesto que no está discutido que todos ellos se han celebrado entre las partes y constan -salvo el de cobertura de límite de garantías bancarias- en el procedimiento. Asimismo, considera la parte demandada que las anteriores comisiones no son distintas, sino que se trata de la misma comisión o concepto, pero con distintas denominaciones, y que se encuentran totalmente justificadas.

En el caso que nos ocupa, ambos contratos de cobertura para negociación de documentos y créditos comerciales y/o comunicados telemáticamente o en soporte magnético de fechas 8 de marzo de 2001 y 5 de mayo de 2006, aportados por la demandada como documentos nº 1 y 2, en su cláusula Cuarta, indican respectivamente:

"El Banco se reembolsará de los importes de los documentos negociados que resulten impagados a su vencimiento, percibiendo la comisión de devolución del 6% del nominal, con un mínimo de 2.500 ptas., 2.000 ptas por la gestión de protesto ante Notario o el 0,5% sobre el nominal con un mínimo de 1.800 ptas. por la declaración de impago y los gastos suplidos por gastos de protesto y comunicación que se detallarán en la liquidación correspondiente".

Y: "El Banco se reembolsará de los importes de los documentos negociados que resulten impagados a su vencimiento, percibiendo la comisión de devolución del 6% del nominal, con un mínimo de 18 euros, 18 euros por la gestión de protesto ante Notario o el 0,5% sobre el nominal con un mínimo de 15 euros por la declaración de impago y los gastos suplidos por gastos de protesto y comunicación que se detallarán en la liquidación correspondiente". Tal como se ha argumentado en el Fundamento de Derecho anterior, las comisiones bancarias solo son lícitas y exigibles cuando cumplen dos requisitos haber sido pactadas por ambas partes (y liquidadas con arreglo a lo pactado), y además no carecer de causa, por responder a

un servicio real y efectivamente prestado por la entidad bancaria. Tales requisitos se extraen de lo dispuesto en la norma tercera de la Circular 8/1990 del Banco de España y en los Arts. art. 1091,1256, 1258 y 1275 del CE.

Por su parte, el Banco de España se ha pronunciado en reiteradas ocasiones (Memorias de reclamaciones de los años 2006 y 2007) sobre este tipo de comisiones, declarando que su objeto es el cobro de los costes en que pudo incurrir la entidad bancaria al efectuar las reclamaciones necesarias para la recuperación de los saldos deudores del cliente. En este sentido, determina el Banco de España que solamente se puede devengar dicha comisión cuando se acrediten los siguientes requisitos:

- 1.- Su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación entre el cliente deudor;
- 2.- Es única en la reclamación de un mismo saldo (no obstante la considera compatible con la repercusión de los gastos soportados por la entidad como consecuencia de la intervención de terceros en la reclamación);
- 3.- Su cuantía ha de ser única y no porcentual; y
- 4.- Su aplicación automática no responde a una buena práctica bancaria, sino que su reclamación debe hacerse teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada impagado y cliente. En este mismo sentido, la sentencia nº10/2018, de 12 de enero, de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Valencia expone lo siguiente:

*"(...)Así pues, dejaremos al margen la dudosa calificación de la reclamación del descubierto como un servicio que se presta al cliente, y reafirmaremos que correspondía a la apelante haber demostrado la efectiva prestación de los servicios que se trataba de remunerar, porque en esta materia rige el "principio de realidad del servicio remunerado", de forma que gravita sobre la entidad financiera la necesidad de probar cuáles son esos gastos habidos, con indicación concreta de su concepto, cuantía y fecha, sin que a estos efectos valga alusión genérica o pacto alguno de inversión de la citada prueba pues sería una condición general de la contratación manifiestamente ilícita, por vulneración del ya citado artículo 1256 del Código Civil; por consiguiente, de no acreditar la entidad financiera la existencia del servicio efectivamente prestado o la realidad del gasto, el pago de la comisión realizado por el cliente carecería de causa.*

*Como dice la sentencia apelada: "Resulta también acreditado el cobro de dichas comisiones, correspondiendo a la demandada incumbía la carga de probar (artículo 217 Lec), que las expresadas comisiones obedecían a un servicio efectivamente prestado. Y ninguna prueba ha llevado a cabo la*

*entidad demandada, que no ha justificado qué contraprestación supuso para su organización o para su funcionamiento. Se alega por la parte demandada, la doctrina de los actos propios, alegando que la mercantil Gestión Inmobiliaria de Aldaya, soportó durante nueve años dichas comisiones, sin protesta alguna, lo que durante suponga aceptación tácita o acto propio. Mas no se comparte dicha alegación, dado que ello no excluye las obligaciones de la entidad bancaria, y mientras no prescriba el derecho del actor a su reclamación, no existe obstáculo para ello. A la vista de lo expuesto, al no acreditar la entidad demandada, la existencia de una prestación efectiva, debe considerarse indebido el cobro de dichas comisiones, y por tanto, la parte demandada deberá devolver dichas cantidades".*

La parte demandada considera que se ha realizado de forma efectiva un servicio adicional para el cliente, manifestando al respecto que "De los propios recibos aportados de contrario resulta la comunicación de la devolución de efectos descontados y el apunte contable correspondiente, la liquidación de la comisión pactada por dicha devolución y por las gestiones contables y telegráficas y el IVA correspondiente a la indicada gestión efectuada".

Es cierto que por el banco se enviaron recibos por impagados a la actora (páginas 23, 24, 26, 28, 30, 31, 32, 34, 36, 38, 49, 50, 51, 53, 55, 57, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 75 del bloque documental nº 13 de la demanda). Sin embargo, no prueba la demandada, aparte de la remisión periódica de una carta a la actora, qué costes le supuso la devolución de impagados. Explica el Banco de España que "No es buena práctica bancaria que tan pronto como se produce una situación de demora sin que las entidades tengan en cuenta las circunstancias particulares de cada cliente, sin analizar en cada caso la procedencia de llevar a cabo la reclamación y acreditar que efectivamente han realizado gestiones encaminadas al recobro; en suma, una reclamación realizada sin tener en cuenta esas circunstancias particulares nunca podría calificarse como una gestión necesaria e individualizada que ampare la repercusión de la comisión". Sigue diciendo que "Redunda que su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor: algo que, a juicio del Banco de España, no está justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por el ordenador".

Así pues, el banco demandado no ha conseguido acreditar qué gastos le ha supuesto el recobro de impagados, ni qué actuaciones se han llevado a cabo

para ello, siendo que solamente se ha probado la remisión de "una carta periódicamente generada por el ordenador", correo cuyo gasto no resulta suficiente para justificar el cobro de tal comisión (además, se trata de un porcentaje, y no de una cuantía única).

Por todo ello, procede la devolución por parte de la demandada de las cuantías cobradas por cualquiera de los conceptos de comisión de devolución de efectos, comisión de cobro de impagados o comisión de recuperación de efectos impagados

.

### 3.- Comisión de riesgo.

En último lugar, se reclama por la demandante las cuantías correspondientes a la comisión de riesgo cobradas por el banco demandado. No han aportado las partes el contrato del que deriva esta comisión, es decir, la póliza para cobertura de límite de garantías bancarias. Indica la demandada que ya fue cancelado y no le ha sido posible encontrarlo, no siendo un hecho controvertido que dicho contrato se celebró entre las partes en el año 2001.

Como ya he expuesto anteriormente, entre otros, el apartado tercero de la Norma Tercera de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela establece que: "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." Al no haberse aportado el contrato concreto no es posible determinar con total seguridad si las partes pactaron o no específicamente la cláusula correspondiente a la comisión de riesgo.

De todas formas, y en base a los argumentos que he expuesto en los anteriores apartados, no ha probado la demandada la existencia de un servicio real y efectivamente prestado a la actora en relación con el riesgo de la operación que le haya supuesto un trabajo o actuación adicional y le haya generado unos costes.

Por lo tanto, la demandada está obligada a la devolución de las cuantías cobradas por dicha comisión.

### **TERCERO.- Doctrina de los actos propios.**

La parte demandada invoca la doctrina de los actos propios para oponerse a las pretensiones de reclamación de cantidad de la demandante. Alega que la actora

ha venido abonando voluntariamente las comisiones cuyas cuantías ahora reclama durante más de 15 años, por lo que la presente reclamación supondría una infracción en sus propios actos. No puedo acoger este argumento de la demandada. Al contrario que el banco, considero que no se ha producido aquí un pago voluntario de las citadas comisiones, sino que las mismas le fueron cargadas en cuenta de forma periódica, por lo que no puede concluirse que la demandante haya procedido en contra de unos actos que no fueron directamente ejecutados por ella.

En este mismo sentido, la sentencia nº 256/2013, de 23 de mayo, de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga determina que *"la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de Enero de 2.006 establece que: "(...) Como recuerda la sentencia de 16 de septiembre de 2004 "la doctrina de los actos propios tiene su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y autoimita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (Sentencias del Tribunal Constitucional 73 y 1981/1988, Auto del mismo Tribunal de 1 de Marzo de 1993); Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Noviembre de 2.000. En igual sentido Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Octubre de 2.000 )"; y añade que "esta Sala viene exigiendo, para que los denominados actos propios sean vinculantes, que causen estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho opuesto a sí mismo (Sentencias de 27 de Julio y 5 de Octubre de 1.987, 15 de Julio de 1.989, 18 de Enero y 22 de Julio de 1.990), además de que el acto ha de estar revestido de cierta solemnidad. ser expreso, no ambiguo y perfectamente delimitado, definiendo de forma inequívoca la intención y situación del que lo realiza (Sentencias de 22 de Septiembre y 10 de Octubre de 1.988), lo que no puede predicarse en los supuestos en que hay error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Enero de 1.995). En igual sentido las Sentencias de 25 de Octubre de 2.000, 12 de Febrero de 1.999 y 4 de Junio de 1.992)".* Así pues, procede desestimar también este motivo de oposición esgrimido por la demandada

#### **CUARTO.- Cuantía de la devolución. Intereses.**

Al haber sido estimada íntegramente las pretensiones de la demandante, y no habiendo sido discutida la cuantía del procedimiento, la demandada deberá devolver a la demandante la cantidad solicitada, es decir, 53.892'90 euros.

Conforme al Art. 1101 del CC, "quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas". Por su parte, el Art. 1108 del citado cuerpo legal establece que "si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal". En base a ello, se condena a la demandada devolver las cantidades obtenidas indebidamente por las comisiones reclamadas, más el interés legal del

dinero a contar desde el cobro de las cantidades que debe devolver hasta la presente sentencia, y desde el dictado de esta hasta el completo pago, los previstos en el art. 576 de la LEC.

#### **QUINTO.- Costas.**

Resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 394.1 de la LEC ("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") y la imposición de costas a la parte demandada. Por todo lo anteriormente expuesto, y demás preceptos que sean de aplicación,

### **FALLO**

**ESTIMO INTEGRAMENTE** la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Sr. XXXX, en nombre y representación de XXXX frente a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. y **condeno** a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. a devolver a XXXX. la cantidad de **CINCUENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y DOS EUROS CON NOVENTA CÉNTIMOS DE EURO (53.892'90 €)**.

Esta cantidad devengará el interés legal del dinero desde el cobro de las cantidades que debe devolver hasta la fecha de la presente sentencia. Desde el día siguiente a la fecha de la presente sentencia y hasta el completo pago, devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos porcentuales. Se imponen las costas a la parte demandada. Notifíquese esta resolución a las partes y hágaseles saber que contra la misma cabe recurso de apelación, que se sustanciará en la forma y plazos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil ante la Ima. Audiencia Provincial de La Rioja (art. 455.1 LEC).

Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo resuelto (artículo 456.2 L.E.C.). Conforme a la O.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente. El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el SANTANDER en la cuenta de este expediente ESXXX XXXX XXXX indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras

la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación"

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

Así lo acuerdo, mando y firmo. D<sup>a</sup> XXXX, jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 de Calahorra.

**PUBLICACIÓN.**- Ha sido publicada la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Sra. Juez que la suscribe, en audiencia pública. Presente yo, la Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.