



Roj: **SAP M 16225/2017 - ECLI: ES:APM:2017:16225**

Id Cendoj: **28079370092017100472**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **9**

Fecha: **23/11/2017**

Nº de Recurso: **609/2017**

Nº de Resolución: **476/2017**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN ANGEL MORENO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Novena

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 1 - 28035

Tfno.: 914933935

37007740

N.I.G.: 28.092.00.2-2015/0015239

Recurso de Apelación 609/2017 -3

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 05 de Móstoles

Autos de Procedimiento Ordinario 1605/2015

APELANTE: D./Dña. Maximino y D./Dña. María Rosario

PROCURADOR D./Dña. MARIA DE LA PALOMA VILLAMANA HERRERA

APELADO: CAIXABANK

PROCURADOR D./Dña. BEATRIZ RUANO CASANOVA

SENTENCIA N°

RECURSO DE APELACIÓN N° 609/2017

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JUAN ÁNGEL MORENO GARCÍA

D. JOSÉ MARÍA PEREDA LAREDO

Dª. MARÍA JOSÉ ROMERO SUAREZ

En Madrid, a veintitrés de noviembre de dos mil diecisiete.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, los autos de Juicio Ordinario nº 1605/2015, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Móstoles, a los que ha correspondido el Rollo de apelación nº 609/2017, en los que aparecen como partes: de una, como demandante y hoy apelado **CAIXABANK S.A**, representado por la Procuradora Dª. Beatriz Ruano Casanova; y, de otra, como demandado reconviniente y hoy apelante **Dª. María Rosario y D. Maximino**, representados por la Procuradora Dª. Paloma Villamana Herrera; sobre reclamación de cantidad.

SIENDO MAGISTRADO PONENTE EL ILMO. SR. D. JUAN ÁNGEL MORENO GARCÍA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO



La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Móstoles, en fecha treinta y uno de marzo de 2017, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " **Fallo** :Que ESTIMANDO la demanda interpuesta la Procuradora Sra. Ruano, en nombre y representación de CAIXABANK S.A, en los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos contra D^a. María Rosario Y D. Maximino , debo CONDENAR Y CONDENO a dichos demandados a pagar a la actora la suma de 25.057,96 €, cantidad que devengará el interés de demora pactado del 16,800% anual desde el día siguiente a la fecha de cierre de cuenta el 24 de agosto de 2015 hasta el completo pago de las cantidades adeudadas.

Procede imponer las costas a la parte demandada.

Que DESESTIMANDO la RECONVENCION formulada por la Procuradora Sra. Villamana, en nombre y representación de D^a. María Rosario Y D. Maximino , frente a CAIXABANK S.A, debo ABSOLVER Y ABSUELVO a dicha parte de todos los pedimentos formulados en su contra, imponiendo las costas derivadas de la reconvención a la demandada principal y actora reconvencional."

SEGUNDO.- Notificada la mencionada sentencia por la representación procesal de la parte demandada-reconviniente, previos los trámites legales oportunos, se interpuso recurso de apelación, el cual le fue admitido, y, dándose traslado del mismo a la contraparte, que se opuso a él, elevándose posteriormente las actuaciones a esta superioridad, previo emplazamiento de las partes, ante la que han comparecido en tiempo y forma bajo las expresadas representaciones, substanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, ni estimando la Sala necesaria la celebración de vista pública, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento de votación y fallo, que tuvo lugar el día veintidós de noviembre del año en curso.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, que deben entenderse completados por los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- En el escrito de apelación se alega como primer motivo del recurso de apelación, la existencia de un error en la valoración de la prueba, al recoger en la sentencia de instancia que la entidad bancaria presto a los apelantes la cantidad de 26.000 € importe del préstamo que se suscribió por las partes, cuando del extracto bancario de la cuenta corriente de titularidad de los apelantes, se deduce que si bien el importe del préstamo era de 26.000 €, solo se ingresó en la cuenta corriente la cantidad de 25.350 €, cantidad que incrementada con el saldo previo que existía en dicha cuenta, se hizo un cargo por importe de 29.037 €, lo que a juicio de la parte apelante debe llevar a deducir que se trata de un préstamo fraudulento o simulado.

Sobre esta cuestión aparte de que dicha alegación es una cuestión nueva, toda vez que en la contestación a la demanda, y en la demanda reconvencional si bien se solicitó la nulidad del préstamo, no lo fue porque el mismo fuera un préstamo simulado o fraudulento, sino por entender que el préstamo era usurario, en base al interés pactado, tanto de demora, como el interés remuneratorio, por lo que dado la naturaleza del recurso de apelación no cabe plantear en esta alzada cuestiones nuevas, como la alegada en el escrito de apelación.

Pero con independencia de lo anterior no cabe entender ni que se trate de un préstamo simulado, ni tampoco fraudulento, toda vez que el importe del mismo, conjuntamente con el precio obtenido con la vivienda de los apelantes se destinó a cancelar los préstamos hipotecarios anteriores, por lo tanto el préstamo existió y el importe del mismo fue abonado en la c/c de los apelantes, sin perjuicio del destino que se diera a dichos fondos.

TERCERO.- En el escrito de apelación se reproduce la alegación que se hizo en primera instancia, solicitando la nulidad del contrato de préstamo, en base a la ley de represión de usura, ley Azcarate, atendiendo a la situación en que se firmó el préstamo, así como el tipo de interés pactado, que fue un interés ordinario del 16,80 €, y un interés de demora del 20 %, lo que a juicio de la parte apelante debe llevar a entender que dicho préstamo es nulo, con independencia de que el prestatario tenga o no la condición de consumidor.

El art. 1 de la Ley de 23 julio 1908 de Represión de la Usura , que establece: que será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo



motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

En este marco, la Ley de Represión de la Usura se configura como un límite a la autonomía negocial del art. 1255 del Código Civil aplicable a los préstamos, y, en general, a cualquier operación de crédito « sustancialmente equivalente » al préstamo. Así lo ha la Sala I del TS en sentencias núm. 406/2012, de 18 de junio , 113/2013, de 22 de febrero , y 677/2014, de 2 de diciembre .

Ahora bien para que pueda calificarse como usurario el préstamo, en relación al tipo de interés pactado y para que pueda ser considerado usurario es necesario que, además de ser notablemente superior al normal del dinero, el interés estipulado sea « manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso » .

Sobre esta Cuestión la STS Sala I de 25/11/2015 viene a declarar respecto al carácter abusivo o no de un préstamo en función de los intereses remuneratorio pactado viene a establecer "que el interés con el que ha de realizarse la comparación es el "normal del dinero". No se trata, por tanto, de compararlo con el interés legal del dinero, sino con el interés « normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad existente en esta materia » (sentencia núm. 869/2001, de 2 de octubre). Para establecer lo que se considera "interés normal" puede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España

En principio, dado que la normalidad no precisa de especial prueba mientras que es la excepcionalidad la que necesita ser alegada y probada, en el supuesto enjuiciado no concurren otras circunstancias que las relativas al carácter de crédito al consumo de la operación cuestionada. La entidad financiera que concedió el crédito "revolving" no ha justificado la concurrencia de circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo.

Generalmente, las circunstancias excepcionales que pueden justificar un tipo de interés anormalmente alto están relacionadas con el riesgo de la operación. Cuando el prestatario va a utilizar el dinero obtenido en el préstamo en una operación especialmente lucrativa pero de alto riesgo, está justificado que quien le financia, al igual que participa del riesgo, participe también de los altos beneficios esperados mediante la fijación de un interés notablemente superior al normal".

Partiendo de estas consideraciones legales e interpretación jurisprudencial, dado que el préstamo no fue concedido a un consumidor o usuario, toda vez que los apelantes no ostentaban dicha condición, sino que el préstamo personal fue otorgado a fin de cancelar las deudas del negocio familiar, como consecuencia del descubierto de tres préstamos hipotecarios, cuya finalidad era por tanto dedicar dichas cantidades no al consumo, sino a esa finalidad empresarial, a parte que no se ha acreditado que el intereses remuneratorio sea un interés notablemente superior al normal del dinero, en este tipo de préstamos, y especialmente el riesgo que implicaba la concesión de dicho préstamo, toda vez que ante los números préstamos y deudas que los apelantes tenían impagados implicaba un considerable riesgo de insolvencia e impago del préstamo, por lo que debe entenderse que el tipo de interés pactado en modo alguno puede considerarse abusivo o usurario.

Debiendo hacerse la misma referencia y conclusión en cuanto al interés de demora, toda vez que al no ser los apelantes consumidores no cabe entrar a valorar o no su carácter abusivo.

CUARTO. - En el escrito de interposición de la demanda reconvenzional y en el escrito de apelación se alega que la entidad bancaria está haciendo mal las liquidaciones, no descontando cantidades efectivamente pagadas, existiendo a juicio de los apelantes errores entre las liquidaciones presentadas y los importes realmente cobrados, que se procede al cobro de cantidades por comisiones que no han sido pactadas, ni aceptadas por ellos, como son las comisiones de apertura, comisiones de gestión de impagados y de descubierto que según el apelante ascienden a 1.094,61 €.

En cuanto a las alegaciones que se hacen en el escrito de apelación en orden a los defectos en las liquidaciones practicadas por la entidad actora, no son más que eso, meras alegaciones de parte sin prueba alguna, cuando de los documentos y liquidaciones aportadas se deduce que las mismas se realizaron con arreglo a lo pactado por las partes en la póliza.

En el escrito de apelación se alega también la nulidad de determinadas cláusulas del contrato de préstamo, por entender que no responden a ninguna prestación, y que por lo tanto implican una falta o defecto de transparencia, por lo que no procedería estimar que deban abonarse a la entidad apelante las comisiones que se le cargaron por estudio, de apertura, de correo, de reclamación de posiciones deudoras, o por descubierto.

En cuanto a la comisión de apertura se define por el propio Banco de España, como aquella comisión que remunera a la entidad bancaria por los trámites que debe realizar correspondientes a la formalización y puesta a disposición del cliente de los fondos prestados Esta comisión suele ser un porcentaje sobre la cantidad que se presta (en caso de créditos, sobre el límite del crédito), y se suele pagar de una vez cuando se firma



la operación, mientras que la comisión remunera a la entidad bancaria por las gestiones y análisis que debe realizar para verificar la solvencia del cliente y los términos de la operación solicitada. Suele cobrarse como un porcentaje sobre el importe solicitado. En caso de que la entidad no le conceda el préstamo, no le podrá cobrar esta comisión, pero sí podría exigirle los gastos que haya tenido que pagar por la intervención de otras personas o empresas, siempre que lo haya pactado previamente...

Siendo dichas comisiones las que retribuyen actividades y gestiones llevadas a cabo por la propia entidad bancaria, que no están calificadas como malas prácticas bancarias, siendo por lo tanto lícito su cobro al cliente, en la medida que se trata de abonar unos servicios realmente prestados. Siendo este el criterio que se recoge en las resoluciones dictadas por las Audiencias provinciales, en este mismo sentido se pronuncia la SAP de Tarragona Secc. 1ª n.º 41/2017 de 7 de febrero de 2017.

Por el contrario en relación a las comisiones por reclamación de posiciones deudoras, o por descubierto, las sentencias recaídas sobre la cuestión y en general del cobro de estas comisiones por las entidades bancarias las resoluciones de las audiencias provinciales vienen a señalar, entre otras la Audiencia Provincial de Murcia, Sección V, en sentencia de 15 de enero de 2013 que si las comisiones han sido pactadas y gozan de reciprocidad, en el sentido de que responden a un servicio prestado o gasto habido, son legalmente repercutibles por la entidad bancaria.

La SAP de Madrid Sección 10ª de 2 de noviembre de 2010, en la que la parte apelante era una entidad bancaria, indica en su Fundamento de Derecho Tercero, en lo que aquí interesa, 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. 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 jurisprudencial 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 las 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 caso de que concurriese tal situación, procediendo por todo ello, confirmar la Sentencia recurrida en cuanto al particular examinado". Aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa, del examen de los documentos aportados y demás pruebas practicadas en los autos se desprende que por la entidad bancaria demandada- apelada no se acredita que las comisiones por descubierto que dicha entidad cobró a la demandante apelante obedezcan a un servicio real y efectivo prestado por el Banco, dado que lo único que ha hecho éste es limitarse a dar una mera explicación-tipo de los servicios prestados para el cobro de las comisiones sin arbitrar ni proponer prueba alguna tendente a acreditar y justificar la prestación real de dicho servicio a la parte demandante apelante, dado que ningún documento aporta para ello.



Además la argumentación del Banco por la que pretende justificar el cobro de la comisión discutida en base al riesgo no nos convence porque entendemos que dicho riesgo está cubierto sobradamente por los intereses de descubierto que también cobró al 29%.>>.

Otra de las partidas que se entiende que son nulas son las comisiones por reclamación de posiciones deudoras, sobre esta cuestión tiene declarada entre otras la SAP de Asturias de 252/2017 de 14/07/2017 "Las reclamaciones que realiza la entidad bancaria por los indicados conceptos, que si bien están basados en cláusulas contractuales, para su acogimiento precisaría de la necesaria acreditación de los gastos que le ocasionó a la entidad bancaria el descubierto producido, no constando la existencia de los gastos adicionales ni las actuaciones que generaron el importe reclamado y que le hubiera supuesto un gasto real y efectivo, al menos, y en el presente caso no ha sido debidamente justificado pese a tener la entidad bancaria la facilidad probatoria al contar con todos los datos y actuaciones realizadas del gasto realizado, pues solo aporta en relación a todas las comisiones impuestas una serie de comunicaciones enviadas que no responden ni mucho menos a la totalidad de los cargos habidos ni justifica el gasto o trabajo para la entidad que esas comunicaciones comportaron. Y en base a ello, al realizar el cargo de una comisión que no consta responde a ningún tipo de gestión o gasto por la reclamación de esas posiciones deudoras, el hecho de que este pactada a favor de la entidad financiera, la misma no se devenga a su favor por el mero hecho de existir esa deuda o posición deudora, sino por el hecho de hacer o llevar a cabo gestiones de reclamación de deuda, que no se corresponden por el mero hecho de remitir el extracto al cliente, ni que le haya reportado un gasto adicional, además de en todo caso desproporcionada, pactándose unos intereses deudores que en algunos supuestos llegaban al 29%.

En consecuencia, el cobro del importe de las comisiones por los indicados conceptos, por más que fuere conforme con las tarifas de la entidad bancaria, no es ajustado a derecho y suponen un desequilibrio contractual de la posición del adherente, y modifica subrepticamente el contenido que se haya podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad de los contratos suscritos".

Partiendo de estos criterios jurisprudenciales, que esta resolución hace suyos, procede entender que son nulas las comisiones que se han cargado a los demandados y apelantes, como es la de gestión de impagados, pues no costa ni se acredita una sola gestión que implique una actividad de la entidad bancaria que deba ser abonada, las comisiones que se cobran por el descubierto en la cuenta corriente en la que estaba domiciliado el pago del préstamo, en la medida que dicho descubierto se produce como consecuencia del impago del préstamo, que ya devenga los correspondientes intereses moratorios, y por las comisiones que se consideran indebidas; debiendo llegarse a la misma conclusión en cuanto a los gastos de correo o correspondencia, pues en modo alguno se acredita que dicha actividad haya supuesto ninguna actividad o gestión de la entidad bancaria.

Consecuencia de la declaración de nulidad de dichas comisiones es que el importe de la deuda reclamada deberá fijarse en base a la propia liquidación aportada por la parte actora en su escritura de liquidación de saldo deudor, deducidas las cantidades que la propia entidad bancaria ha destinado al pago de las comisiones que esta resolución considera nulas, y que se han cargado en la c/c donde esta domiciliado el préstamo, y por lo tanto no se han destinado a la amortización, aunque sea parcial de la deuda reclamada.

QUINTO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 de la ley de enjuiciamiento civil, dado que se estima parcialmente la demanda y parcialmente la demanda reconvenicional, así como el recurso de apelación, no procede hacer expresa imposición de las costas de primera instancia, ni de las de la demanda principal, ni de las de la demanda reconvenicional, ni de las costas de esta alzada.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLO

Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a María Rosario y D. Maximino, contra la sentencia dictada por la Ilma. Magistrada-juez del juzgado de primera instancia nº 4 de Móstoles, se revoca parcialmente la sentencia, condenando a los apelantes de D^a María Rosario y D. Maximino a abonar a la entidad actora la cantidad de 25.057,96 €, de la que debe deducirse las cantidades que se cargaron a los apelantes por las comisiones que se declara indebidas en esta resolución judicial, con los intereses moratorios pactados desde la fecha del cierre de la cuenta.

Todo ello sin que proceda hacer expresa imposición de las costas ni de primera instancia ni de las de esta alzada, con devolución al recurrente del depósito constituido de conformidad con el punto 8º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.



Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación literal al rollo de Sala del que dimana, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Haciéndose saber que contra la misma cabe recurso de casación de acreditarse el interés casacional, que deberá interponerse ante este Tribunal en el término de veinte días desde la notificación de la presente.

ROLLO 609/2017

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico. En Madrid, a cinco de diciembre de dos mil diecisiete.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ