



Roj: **SAP M 2315/2018 - ECLI: ES:APM:2018:2315**

Id Cendoj: **28079370112018100037**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **11**

Fecha: **14/02/2018**

Nº de Recurso: **558/2017**

Nº de Resolución: **37/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CESAREO FRANCISCO DURO VENTURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Undécima

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 2 - 28035

Tfno.: 914933922

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2016/0032470

**Recurso de Apelación 558/2017**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 48 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 207/2016

**APELANTE::** D./Dña. Luis Andrés

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ANGEL SANZ AMARO

**APELADO::** **COMUNITAE** SL

PROCURADOR D./Dña. DAVID MARTIN IBEAS

**SENTENCIA**

**TRIBUNAL QUE LO DICTA :**

**ILMO/A SR./SRA. PRESIDENTE :**

D. CESÁREO DURO VENTURA

**ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:**

Dña. MARGARITA VEGA DE LA HUERGA

Dña. MARÍA DE LOS DESAMPARADOS DELGADO TORTOSA

En Madrid, a catorce de febrero de dos mil dieciocho.

La Sección Undécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 207/2016 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 48 de Madrid, seguido entre partes de una como apelante **Don Luis Andrés** , representado por la Procuradora Dña. MARÍA DEL ÁNGEL SANZ AMARO y de otra como apela **COMUNITAE SL**, representado por el Procurador D. DAVID MARTIN IBEAS; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra *Sentencia* dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 10/02/2017 .

VISTO, Siendo Magistrado Ponente **D. CESÁREO DURO VENTURA.**



## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 48 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 10/02/2017, cuyo fallo es del tenor siguiente: << Que estimando la demanda formulada por Procurador D./Dña. DAVID MARTIN IBEAS en nombre y representación de **COMUNITAE S.L.**, contra D./Dña. Luis Andrés, debo condenar y condeno a este a que abone a la actora la suma de 6.192'37.- Euros, más los intereses legales de dicha suma desde la interpelación judicial hasta su pago, y al abono de las costas.>>

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria que formuló oposición, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

**TERCERO.-** En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** La entidad **Comunitae S.L.** ejercita una acción de reclamación de cantidad por importe de 6.192,37 euros de principal contra D. Luis Andrés; la demanda se sustenta en un relato fáctico según el cual la actora dentro de su actividad de mediación en la celebración de contratos de préstamo habría concertado a favor del demandado un préstamo por el que transfirió 5.820 euros sin que el demandado haya cumplido sus obligaciones al impagar once de las cuotas de amortización, dándose por vencido el préstamo a fecha de 7 de junio de 2015 con el saldo que ahora se reclama.

Declarado en rebeldía el demandado dicta la juez de instancia sentencia en la que estima íntegramente la demanda interpuesta con imposición al demandado de las costas causadas.

Recurre el demandado esta resolución señalando que la sentencia habría omitido los razonamientos exigibles en relación con la nulidad de oficio del pacto de liquidez, como igualmente habría omitido la motivación en relación con la cláusula relativa a los intereses aplicables al caso por aplicación analógica del artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

La actora se opone al recurso solicitando su inadmisión y argumentando contra los razonamientos de la recurrente al no haber realizado alegación alguna en la instancia.

**SEGUNDO.-** Debe rechazarse en primer lugar la alegación que se hace sobre la inadmisión del recurso de apelación interpuesto sobre la base de no haberse hecho alegaciones en la instancia, pues tal es la consecuencia de un proceso seguido en rebeldía del demandado sin que ello le privó de apelar la sentencia como ha hecho aun con las limitaciones alegatorias y de prueba que son resultado de su situación procesal.

El recurso rechaza la sentencia en cuanto no tiene en cuenta el examen de oficio que era pertinente en relación con dos cuestiones que se invocan ahora como son el pacto de liquidez y los intereses aplicados en el préstamo por el que se acciona.

La juzgadora omite en efecto cualquier motivación sobre las cláusulas del contrato y se limita a señalar, dada la situación de rebeldía y consiguiente falta de impugnación de los documentos privados presentados por la actora, que se habría acreditado la deuda y los hechos en que se sustenta.

Ciertamente la juez de instancia pudo plantearse de oficio la cuestión relativa a la abusividad de las cláusulas del contrato por el que se acciona pero no lo hizo, pero eso no hace inviable la pretensión de que se examinen en este recurso pues estándose ante un préstamo otorgado a un consumidor, y nada indica que el demandado no lo sea, realizado por una entidad profesional y con cláusulas predisuestas el control de oficio ha de hacerse incluso por la Sala.

Respecto del interés moratorio pactado y aplicado hemos de recordar la sentencia del Tribunal Supremo 265/2015, de 22 de abril, en la que el Alto Tribunal llevó a cabo un enjuiciamiento respecto de una cláusula de intereses de demora en préstamos personales destinados al consumo, y concluyó «abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal». Para llegar a esta conclusión se fundó en el siguiente razonamiento:

«en el caso de los préstamos personales, el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas debe consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no debe ser muy elevado por cuanto que la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado [...], por lo que la adición de un porcentaje excesivo conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto, incluso en aquellos casos en los que el deudor es un



profesional, como ocurre con las previsiones ya comentadas de la Ley del Contrato de Seguro, durante los dos primeros años de demora, y de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

»La Sala, a la vista de lo anteriormente expuesto, considera que el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de demora en un préstamo personal que supusiera un incremento considerable del interés remuneratorio. Además, una cláusula de interés de demora que supusiera un incremento excesivo del tipo porcentual respecto del interés remuneratorio no sería adecuada para garantizar la realización de los objetivos que las normas que establecen un interés de demora en distintos campos de la contratación persiguen, e iría más allá de lo necesario para alcanzarlos, perjudicando desproporcionadamente al consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe».

»La Sala considera que el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia.

»La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia».

Y en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora por su carácter abusivo, se razonó en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, que

"el interés de demora consiste en la adición de un porcentaje adicional sobre el interés remuneratorio. La nulidad de la cláusula abusiva, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, contenida en la sentencia de 14 de junio de 2012 (caso Banesto), y reiterada por el auto de 17 de marzo de 2016 (caso Ibercaja), no da lugar a una «reducción conservadora» del incremento del tipo de interés que supone la cláusula de interés de demora considerada abusiva hasta el límite admisible, sino su eliminación total. Pero eso no supone suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye o compensa que el prestatario disponga del dinero. Lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución. Así concluimos en la reseñada sentencia 265/2015, de 22 de abril:

«Por consiguiente [...], la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser [...] la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar "reducción conservadora de la validez"), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada»"

Doctrina jurisprudencial reiterada que se extendió posteriormente a los préstamos hipotecarios.

En el contrato que nos ocupa, pues el préstamo está realizado en un contrato privado lo que se indica al respecto es que "los saldos vencidos y no reembolsados devengarán.....al tipo de interés nominal anual del 18%", cuando el tipo de interés remuneratorio pactado sería del 14% anual según las condiciones particulares, de modo que se está en el supuesto de considerar abusivo el interés moratorio pactado con la consecuencia de que no se devengará ningún interés a partir de la fecha de vencimiento anticipado de la operación al no compartir la Sala el que pueda aplicarse a partir de este momento el interés remuneratorio pactado al ser esta cuestión, sin duda discutida habida cuenta de la cuestión prejudicial planteada al respecto ante el TJUE, propia de una moderación que no resulta compatible a juicio del tribunal con la doctrina dictada por el TJUE una vez declarada la abusividad de una cláusula.

Precisamente cuál sea la cantidad adeudada es el otro motivo de apelación que invoca el control de oficio del pacto de liquidez; la invocación resulta poco fundada desde el momento en el que no se pacta propiamente pacto de liquidez alguno, de uso habitual en títulos ejecutivos que no es el caso que nos ocupa, sino que



únicamente se prevé en la condición general 5ª sobre resolución, se recoge que "el presente contrato, acompañado de una certificación expedida por **Comunitae.com** en la que se recoja el saldo resultante de la liquidación del préstamo serán título suficiente para iniciar las correspondientes acciones", expresión que como fácilmente se observa no contiene pacto de liquidez alguno de modo que habrá de estarse a la documental aportada por la parte para saber si, cual indica la juzgadora, se ha acreditado que el demandado adeuda la cantidad que se reclama.

Al respecto la sentencia adolece de falta de cualquier motivación más allá de invocar acriticamente la documentación aportada por la actora, con olvido de que la declaración de rebeldía no supone aquiescencia a las pretensiones de la demandante que ha de probar sus alegaciones; lo cierto es que no se acredita el importe de la deuda en el criterio del tribunal.

El contrato aportado contiene en sus condiciones particulares una solicitud de préstamo por importe de 8.000 euros, con cuota de 219 euros mensuales, 48 cuotas, tipo de interés del 14% y contratación de seguro de protección de pagos que no se acompaña con la demanda; y se expresa en la condición general 1ª que el préstamo entrará en vigor cuando recibida la solicitud se entregue por **Comunitae** el importe recogido en anexo I, anexo esencial y que tampoco se aporta. En la demanda se indica que entregaron 6.000 euros, de los que se descontaron 180 euros según lo pactado como comisión de apertura, y que se dio por vencido el préstamo el 7 de junio de 2015 con un saldo de 6.192,37 euros según acreditaría la certificación aportada como documento nº 2, única prueba practicada, en la que además se indica contra lo expresado en la demanda que el préstamo se otorgó por un importe de 6.600 euros, incluyendo la lista aportada diversos importes por conceptos de intereses de demora, gastos y "otros" de los que nada se indica, situación esta que no obstante no es motivo de impugnación alguna por la ahora recurrente que no discute la existencia del préstamo ni su importe, lo que no obsta a que la Sala, cumpliendo su deber de examen de oficio de la abusividad de las cláusulas aplicadas en la liquidación considere como tales las que dan lugar a los gastos y otros conceptos no identificados que en las propias condiciones generales se establecen, en cuanto a las comisiones de reclamación de impagados al caso de que las acciones descritas "se hubieran llevado a cabo", lo que ni se alega ni se prueba en modo alguno.

Sentado lo anterior, como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª) de 6 de febrero de 2011 : "...en el ámbito de las "comisiones bancarias" hay que acudir a las propias directrices del organismo supervisor, el Banco de España. Así en su Circular 8/90, aunque con referencia a las comisiones propias de las cuentas corrientes, de ahorro y a plazo, establecía básicamente tres condiciones o requisitos:

Que estén previstas en el documento contractual.

Que no superen los importes establecidos en el folleto de tarifas.

Y que respondan a un servicio efectivamente prestado, aceptado o solicitado en firme por el cliente.

En atención a los principios recogidos sobre la carga de la prueba en el artículo 217 de la LEC , debe tenerse presente que corresponde a la demandada, que opone ante la reclamación de la devolución de las comisiones y gastos cobrados, que los mismos se encuentran justificados, demostrar cumplidamente la existencia de los pactos ajustados a la normativa bancaria, así como la realidad del concreto servicio al que responden, todo ello teniendo en cuenta la facilidad probatoria con la que cuenta la entidad bancaria para acreditar tales extremos.

La sentencia de la Sección 10ª, de 11 de marzo de 2008 EDJ2008/53142, se pronuncia en idéntico sentido y la sentencia de la sección 11ª, de 20 de febrero de 2003 , da razones similares".

De lo que se trata, en definitiva, como ya ha puesto de relieve este Tribunal, en Sentencia de 13 de marzo de 2014 Rec. 626/2013 , así como la de 27 de enero de 2014 Recurso: 93/2013 , y la de 12 de julio de 2013 : "es determinar si como consecuencia del contrato (y del principio "pacta sunt servanda") toda cláusula contractual -y entre ellas las relativas a posible comisiones por devolución- que han sido incluidas por el Banco en el documento contractual de adhesión son aplicables sea cual sea el caso, pues, tratándose como se trata de comisiones por un servicio especial y concreto que rebasaría el ámbito del contrato de descuento, habría que acreditar que realmente del propio contrato de descuento no se desprende que la gestión de la devolución del efecto descontado va incluida (que es lo más lógico y entendible para una mente objetiva) o en otro caso acreditar qué gasto real añadido le ha supuesto al Banco el gestionar la devolución del efecto, o tal vez esperar a un nuevo intento de cobro (que es de suponer no se le volvería a cobrar al cliente)".

Respecto de la comisión que se contiene en la condición general 3ª, por gastos de domiciliación y por reclamación de impagados, se parte en todo caso de la compensación con tales comisiones de los gastos que haya de afrontar la entidad.

La Sentencia de esta Sección dictada el 3 de diciembre de 2014, rec. 365/13, que con cita, entre otras a la de la Sección 8ª de 11 de junio de 2012, expresa lo siguiente: "Efectivamente, el cobro de comisiones por



operaciones o servicios prestados por las entidades bancarias aparece regulado, por un lado, en el apartado quinto del Capítulo Primero de 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 de las entidades de crédito (derogada por la letra a) de la disposición derogatoria única de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios ), conforme al cual:

"...Las comisiones por operaciones o servicios prestados por las Entidades de crédito serán las que éstas fijen libremente.

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..."

En aplicación de las citadas normas, se hace imprescindible, para considerar debidas las comisiones litigiosas, no sólo, como ocurre en el presente caso, que las mismas hayan sido previstas en los contratos suscritos entre las partes, esto es, que hayan sido expresamente pactadas sino que las mismas gocen de reciprocidad, esto es, que contra el pago de la misma el cliente reciba un servicio ("efectivamente prestado o gasto habido" dice la normativa bancaria referida). En el caso que nos ocupa, no consta que la actora haya tenido gasto alguno motivado por la situación de descubierto o por posiciones deudoras ni que, haya realizado alguna gestión o servicio; no sólo no se han acreditado tales extremos, es que ni siquiera la entidad de crédito invoca que servicios ha prestado dignos de tal remuneración.

Señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6ª) de 22 de septiembre de 2004 "Lo cierto es que por el descubierto en cuenta corriente el cliente trastoca la causa y naturaleza del contrato bancario de cuenta corriente que firmó convirtiendo la relación de una típica operación pasiva en una relación activa. Pero como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2001 , la función de los intereses de demora, también pactados en el 29%, es la indemnizatoria de daños y perjuicios, imputable al incumplimiento o retardo en el cumplimiento de su obligación y viene determinada por el abono de los pactados y, en su defecto, del interés legal. Y hay que tener en cuenta sin embargo que además de los intereses moratorios se cargaron en la cuenta también ciertas cantidades por comisiones de descubierto.

No cabe considerar justificada la existencia de los servicios que el demandado dice prestados a la demandante, pues como queda dicho las gestiones realizadas para atender la financiación de clientes se remuneran mediante los intereses de demora; y librar determinados apuntes contables se perciben por las comisiones de mantenimiento (1.800.-pts mensuales) y administración (30.-pts por apunte).

De todo ello debe concluirse que las referidas comisiones aunque pactadas en el contrato no describen ningún servicio o gestión concretas realizada por el Banco. Debe pues revocarse la sentencia dictada en primera instancia y estimarse la demanda por las comisiones de descubierto y posiciones deudoras exigidas en la misma por haber sido sin causa justificada; imponiendo a la demandada la obligación de abonar al actor la cantidad indebidamente percibida (7.795'54.-euros) que devengará los intereses legales desde la fecha de la interpelación extrajudicial de 28 de enero de 2003, conforme admite el demandado, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1100 CC . "

...

Dicha sentencia continúa:

"En el mismo sentido expuesto, se pronuncian las Sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca de fecha 31 de julio de 2006 , de Málaga (Sección 4ª) de fecha 21 de febrero de 2012 y de esta misma Audiencia (Sección 10ª), de fecha 27 de enero de 2009 , en la que se recoge: "... cualquier comisión que las entidades bancarias repercutan en los clientes, debe corresponder a la prestación de un servicio real acreditado, que es el que se remunera, según se infiere del artículo 277 del Código del Comercio y de la naturaleza bilateral y contraprestacional de la propia comisión .

En este caso la situación deudora o en descubierto de la cuenta corriente queda más que suficientemente resarcida con el elevadísimo interés aplicado a la deuda, de un 29%, sin que se haya probado que la comisión examinada responda a la prestación de un servicio, por lo que la aplicación de la comisión por descubierto, es abusiva por haber sido sin causa justificada...", y también lo hace la Memoria del Servicio de Reclamaciones del banco de España de 2010, que señala: "Las entidades pueden pactar libremente las comisiones que cobran por las operaciones o servicios que presten, y pueden repercutir a sus clientes los gastos efectivos en que hayan incurrido por prestar sus servicios..."



Lleva todo lo anterior a que haya de estimarse en parte la demanda con declaración por la Sala de la abusividad de los intereses de demora pactados, que serán excluidos de la reclamación a consecuencia de tal declaración, sin otro devengo de intereses que el de los previstos en el artículo 576 LEC a partir de la fecha de esta resolución; e igualmente han de excluirse de la reclamación las cantidades incluidas en la liquidación presentada (doc. nº 2 de la demanda) bajo los conceptos "gastos" y "otros", todo lo cual determina la procedencia de la reclamación por el importe de 5.832,99 euros

**TERCERO.-** La parcial estimación del recurso y parcial estimación de la demanda determina que no se haga imposición de las costas de ninguna de las instancias, artículos 394 y 398 LEC .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

### III.-FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso interpuesto por Don Luis Andrés , contra la sentencia de fecha diez de febrero de dos mil diecisiete , revocamos parcialmente dicha resolución, y por la presente declarando la abusividad de la cláusula de fijación de intereses moratorios prevista en el contrato objeto del procedimiento, y la abusividad asimismo de la liquidación efectuada en cuanto a los conceptos de "gastos" y "otros", condenamos al demandado a que abone a la actora la cantidad de 5.832,99 euros, más sus intereses del artículo 576 LEC a partir de la fecha de esta resolución, sin hacer imposición de las costas causadas en ninguna de las instancias.

La estimación parcial del recurso determina **la devolución del depósito** constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

**MODO DE IMPUGNACION:** Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2578-0000-00-0558-17, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe