

**Roj:** SAP M 2921/2013

**Órgano:** Audiencia Provincial

**Sede:** Madrid

**Sección:** 28

**Nº de Recurso:** 635/2011

**Nº de Resolución:** 38/2013

**Fecha de resolución:** 08/02/2013

**Procedimiento:** Recurso de Apelación

**Ponente:** Alberto Arribas Hernández

**Tipo de Resolución:** Sentencia

### **Encabezamiento**

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28. C/ General Martínez Campos, nº 27. Teléfono: 91 4931988/89, Fax: 91 4931996. Rollo de Apelación nº 635/11. Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 266/2.007. Órgano de procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid. Parte recurrente: Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid. Procurador: Doña Lucía Torres Ríos. Letrado: Doña Begoña Iglesias Sanz. Parte recurrida: Don Cristóbal, Doña María Rosa, "NESER, S.A." y "NEGOFIN, S.L.". Procurador: Don José Antonio del Campo Barcón. Letrado: Don Cristóbal.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA

D. ALBERTO **ARRIBAS HERNÁNDEZ**

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ

### **SENTENCIA Nº 38/13**

En Madrid, a ocho de febrero de dos mil trece.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados antes relacionados, ha visto el recurso de apelación, bajo el número de rollo 635/11, interpuesto contra la sentencia de fecha 5 de enero de 2009 dictada en el procedimiento ordinario 266/07 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como apelante, la entidad demandada CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID, siendo apelados los demandantes DON Cristóbal, DOÑA María Rosa , "NESER, S.A." Y "NEGOFIN, S.L.", todos ellos representados y defendidos por los profesionales más arriba especificados.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por la representación de don Cristóbal, doña María Rosa , "NESER, S.A." y "NEGOFIN, S.L." contra la entidad CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID, en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su

pretensión, suplicaba: ". se declaren nulas y contrarias a derecho los referidos cobros de comisiones (por el concepto de traspaso de valores a otra entidad), ordenando la íntegra devolución de los importes indebida y unilateralmente cobrados, más los intereses legales desde la fecha de su percepción, y adicionalmente, se condene a la citada entidad a resarcir por los daños y perjuicios que ha creado esta actuación en un importe que estimamos no debe ser inferior al de las comisiones percibidas indebidamente, debiendo asimismo soportar la entidad demandada las costas del procedimiento por su actuar contrario a derecho."

**SEGUNDO.-** Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid dictó sentencia, con fecha 5 de enero de 2009, aclarada por auto de 14 de septiembre de 2010, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Estimando la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. José Antonio del Campo Bacón, actuando en nombre y representación de Don Cristóbal, Doña María Rosa, NESER, S.A. y NEGOFIN, S.L., declaro la nulidad:

a) de la cláusula sexta del contrato de cuenta de valores núm. NUM000 celebrado entre Caja Madrid y D. Cristóbal y D<sup>a</sup> Paula (sic) el día 28 de junio de 2001;

b) del párrafo segundo de la cláusula 5 del contrato de cuenta de valores núm. NUM001 celebrado entre Caja Madrid y Nesser, S.A. y D. Cristóbal el 13 de septiembre de 2002;

c) del párrafo segundo de la cláusula 5 del contrato de cuenta de valores núm. NUM002 celebrado entre Caja Madrid y Negofin, S.L. y D. Cristóbal el 13 de septiembre de 2002.

Caja Madrid deberá restituir a D. Cristóbal y D<sup>a</sup> Paula (sic) en virtud del contrato celebrado el día 28 de junio de 2001, la cantidad de 3.147,03 euros; a Nesser, S.A. y D. Cristóbal en virtud del contrato celebrado el día 13 de septiembre de 2002, la cantidad de 373,71 euros; y a Negofin, S.L. y D. Cristóbal en virtud del contrato celebrado el día 13 de septiembre de 2002, la cantidad de 1.437,45 euros

Dichas cantidades devengarán los intereses legales desde la fecha de la presentación de la demanda. Se imponen las costas a la parte demandada".

**TERCERO.-** Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandada se interpuso recurso de apelación al que se opuso la parte actora, que admitido por el Juzgado y tramitado en forma legal, ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, registrado con fecha 3 de noviembre de 2011, que se ha seguido con arreglo a los de su clase, señalándose para su deliberación, votación y fallo el día 7 de febrero de 2013.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales. Es magistrado ponente don Alberto Arribas Hernández, que expresa el parecer de la Sala.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Disconformes los demandantes con las comisiones cobradas por la entidad CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID (en lo sucesivo, CAJA MADRID) como consecuencia de la ejecución de la orden dada por los depositantes para que se traspasaran los valores custodiados en esta entidad a otra entidad financiera, formularon demanda solicitando la nulidad de los cobros de

las comisiones percibidas, ordenando la devolución de las cantidades cobradas por considerar que no habían sido pactadas y resultar abusivas.

Mediante escrito de fecha 7 de junio de 2007, los demandantes precisaron que ejercitaban "la acción declarativa de nulidad de la cláusula o condición general de la contratación, en el sentido del art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, por estar predispuesta, introducida y aplicada unilateralmente por Caja Madrid mediante su Libro de Tarifas (Epígrafe 18, Punto 2.3.1.1.) a las cuentas o contratos de depósito de valores mobiliarios", añadiendo que el objeto específico de la pretensión era que: ". se declare la nulidad de la cláusula o condición general aplicada (Epígrafe 18, Punto 2.3.1.1.) en las concretas operaciones referidas en la demanda, declarando dicha condición o práctica abusiva y por tanto no aplicable unilateralmente a las operaciones de traspaso de valores objeto de la demanda, condenando a la entidad demandada a la devolución de las cantidades que, indebidamente ha percibido, y al resarcimiento de los daños y perjuicios".

La sentencia recaída en primera instancia, tras precisar que entendía que la acción ejercitada era la individual de nulidad de la condición general de la contratación inserta a través del Libro de Tarifas (Epígrafe 18, Punto 2.3.1.1.1) en virtud de la cual se cargaron los comisiones discutidas, declara la nulidad de determinadas estipulaciones de los contratos suscritos por las partes, en los términos que se reflejan en el fallo de la sentencia que ha sido literalmente transcrito en el segundo de los antecedentes de hecho de esta resolución, y condena a la demandada a la devolución de las cantidades percibidas en concepto de comisiones por traspaso de los valores depositados.

En la sentencia, a pesar de rechazar que las cláusulas contractuales a cuyo amparo se han cobrado las comisiones sean contrarias a normas imperativas y de entender que no se había invocado ninguna cláusula de las que el legislador ha incluido en las llamadas cláusulas negras, declara la nulidad de aquellas cláusulas al no superar el control de contenido, pues, aun cuando los contratos suscritos contemplaban que la entidad financiera cobrara comisiones por los distintos tipos de operaciones que se realizaran sobre los valores depositados a instancia de sus titulares, dichas cláusulas resultaban incompletas al no precisar los conceptos e importes por los que se iban a aplicar las comisiones, los cuales no fueron comunicados a los demandantes, lo que conlleva la insuficiencia de la cláusula que, por sí misma, deja a la parte actora al abur de la voluntad de la demandada .

Frente a la sentencia se alza la parte demandada que solicita su revocación alegando, en esencia, que: a) con base en los propios razonamientos de la sentencia debería haberse desestimado la demanda en tanto que aquella, tras argumentar que las cláusulas no son nulas, pues no concurren los requisitos que el propio tribunal esgrime para considerarlas así, termina estimando la demanda y declarando la nulidad de las cláusulas de los contratos que hacen referencia a comisiones; b) que el cobro de comisiones por traspaso de valores es una práctica que aplican todas las entidades bancarias, estando además pactado en los contratos la posibilidad de cobrar otras comisiones adicionales a la comisión de depósito y administración de valores recogida expresamente en el contrato y que los demandantes tuvieron conocimiento de las comisiones a aplicar por el traspaso con anterioridad a la realización de la operación.

**SEGUNDO.-** Para la adecuada resolución del presente recurso de apelación conviene fijar los siguientes antecedentes fácticos que son relevantes para la resolución del presente recurso de apelación:

1.- Los cónyuges don Cristóbal y doña María Rosa suscribieron con Caja Madrid el día 28 de junio de 2001 un contrato de depósito o administración de valores por tiempo indefinido, cuya cláusula 6 establece: "La comisión por depósito o administración, citada en la condición anterior, será independiente de las comisiones específicas que se cobren por cada tipo de operación realizada por cuenta de/los titular/es, ya sea mediante orden directa de este/estos o derivada de las operaciones de cobro de dividendos o intereses, amortizaciones, devoluciones de capital u otros reembolsos. Todo ello de acuerdo a las tarifas y modalidades de cobro tal y como se establece en la Cláusula anterior", esto es, de acuerdo a "las tarifas y modalidades de cobro que tenga establecidas y publicadas la Caja quedando ésta obligada a comunicar al/los titular/es la modificación de las tarifas, indicando el plazo de su entrada en vigor, que no podrá ser inferior a dos meses desde la fecha de su recepción por aquel/aquellos" (documento nº 2 de la contestación a la demanda).

2.- Don Cristóbal y la entidad "NESER, S.A." suscribieron con Caja Madrid el día 13 de septiembre de 2002 un contrato de depósito o administración de valores por tiempo indefinido, cuya cláusula 5, párrafo segundo, establece: ". La comisión por depósito o administración, citada en párrafo anterior, será independiente de las comisiones específicas que se cobren por cada tipo de operación realizada por cuenta de/los titular/es, ya sea mediante orden directa de este/estos o derivada de las operaciones de cobro de dividendos o intereses, amortizaciones, devoluciones de capital u otros reembolsos. Todo ello de acuerdo a las tarifas y modalidades de cobro tal y como se establece en la cláusula anterior", esto es, de acuerdo a "las tarifas y modalidades de cobro que tenga establecidas y publicadas la Caja quedando ésta obligada a comunicar al/los titular/es la modificación de las tarifas, indicando el plazo de su entrada en vigor, que no podrá ser inferior a dos meses desde la fecha de su recepción por aquel/aquellos" (documento nº 3 de la contestación a la demanda).

3.- Don Cristóbal y la entidad "NEGOFIN, S.L." suscribieron con Caja Madrid el día 13 de septiembre de 2002 un contrato de depósito o administración de valores por tiempo indefinido, cuya cláusula 5, párrafo segundo, es idéntica a la transcrita en el apartado anterior (documento nº 4 de la contestación a la demanda).

4.- El Libro de Tarifas de la entidad Caja Madrid contempla en su epígrafe 18, punto 2, una comisión por traspaso de valores a otra entidad del 0,40% sobre el valor nominal con un importe mínimo de 6,01 euros por cada valor a traspasar en valores nacionales y de 30 euros en caso de valores internacionales (documento nº 7 de la contestación a la demanda).

5.- Los demandante decidieron traspasar los valores depositados en Caja Madrid a otra entidad financiera cursando las órdenes oportunas que fueron ejecutadas por la demandada con fecha 16 de octubre de 2006, percibiendo en concepto de comisión por traspaso la cantidad de 3.147,03 euros, 373,71 euros y 1.347,45 euros por cada uno de los contratos reseñados en los apartados 1 a 3.

**TERCERO.-** En el primero de los motivos del escrito de interposición del recurso de apelación la entidad demandante se limita a exponer, transcribiendo determinados pasajes de la sentencia apelada, que ésta no se ajustada a derecho ya que no concurren los requisitos que la propia sentencia indica que deben darse para que se declare la nulidad de las cláusulas de comisiones de los

contratos de cuenta de valores, indicando que no se entiende que el Juzgado "después de argumentar que las cláusulas no son nulas pues no se dan en las mismas los requisitos que este mismo tribunal esgrime para considerarlas así, termina estimando la demanda formulada por los demandantes declarando nulas las cláusulas de los contratos que hacen referencia a comisiones. y condenando a Caja Madrid a restituir el importe de las mismas, los intereses devengados desde la fecha de la presentación de la demanda así como las costas".

En los términos en que se desarrolla el motivo éste resulta improsperable, en primer lugar, porque si lo que considera el apelante es que al dictar sentencia se ha cometido alguna infracción procesal debió denunciarla por el cauce del artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, citando la norma que consideraba infringida y alegando, en su caso, la indefensión sufrida.

En segundo término, a lo que parecen apuntar las reflexiones del apelante es a una inexistente incoherencia interna de la resolución que, de existir, determinaría un vicio de falta de motivación, sin embargo, no existe tal incoherencia en tanto que la sentencia lo que afirma es que aun cuando las cláusulas de los contratos relativas a las comisiones no infringen ninguna norma imperativa, no superan el control de contenido, pues, aunque se contemplaba el cobro de comisiones para los distintos tipos de operaciones que se realizaran sobre los valores depositados a instancia de sus titulares, las cláusulas no eran completas en tanto que su comprensión eficaz exigía información complementaria, concretamente, el importe y los conceptos en virtud de los cuales se aplicaba la comisión, sin que bastase que tal información existiera (Libro de Tarifas) sino que era preciso que se hubiere comunicado al titular del contrato, lo que considera que no había acreditado la entidad demandada.

Los razonamientos de la sentencia podrán considerarse o no acertados pero no resultan incoherentes, justificando la nulidad en la falta de información a los demandantes de los conceptos por los que se aplicaba la comisión y su cuantía.

Cuestión distinta es si la inaplicabilidad a los demandantes de las condiciones generales relativas al cobro de comisiones en caso de traspaso de los valores depositados debió discurrir por el cauce de su no incorporación, de conformidad con los artículos 5 , 7 , 9 y 10 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, al no poder entenderse incorporada a los contratos litigiosos la referida condición general de la contratación por no figurar en el contrato la comisión para el caso de traspaso ni su importe, sin que se hubiera facilitado a los contratantes el ejemplar de las tarifas en el que se contemplaba la misma y su cuantía (artículos 5.1 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación ).

**CUARTO.-** En el segundo de los motivos del recurso de apelación se alega que en los contratos se prevé la posibilidad de cobro de comisiones adicionales a la comisión de depósito y administración y que antes de realizarse la operación de traspaso de valores se informó a los demandantes de las comisiones que les serían cargadas.

Que los demandantes tuvieran conocimiento, antes de realizar las operaciones en las que se devengaron la comisiones, de su existencia y cuantía -lo que nadie discute y resulta de la propia documental acompañada a la demanda- es por completo irrelevante, pues, además de que nunca las aceptaron, la cuestión es si estaban pactadas en el contrato y si los demandantes tuvieron completo conocimiento al tiempo de celebrarlo de la existencia de la comisión por traspaso y de su cuantía.

La sentencia mantiene que el contenido de las cláusulas contractuales es insuficiente al no especificar el importe y los conceptos en virtud de los cuales se aplica la comisión sin que la demandada haya acreditado que comunicara a los demandantes, al tiempo de la celebración del contrato, las tarifas por comisiones, conclusiones que el tribunal comparte al no haber sido desvirtuadas en modo alguno por la recurrente que se limita a afirmar que en el contrato se contemplaba la posibilidad de cobrar comisiones adicionales a la de depósito y administración con referencia expresa a la tarifas publicadas por la Caja -que no se facilitaron a los contratantes- y que éstos tuvieron conocimiento antes de ejecutarse la operación de las tarifas que iban a cargarse, lo que ya hemos apuntado es por completo irrelevante.

Por último, que la Comisión Nacional del Mercado de Valores no haya apreciado incorrección alguna en el cobro de las comisiones aquí discutidas por adecuarse al folleto de tarifas máximas comunicado por la entidad a la CNMV y/o Banco de España, que además está a disposición de los clientes en las sucursales (documento nº 9 de la demanda), no implica que no sean ineficaces en tanto que condiciones generales de la contratación por las razones expuestas en la sentencia apelada y en esta resolución.

Los razonamientos expuestos determinan la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia apelada sin necesidad de analizar el carácter abusivo de las cláusulas que contemplan la comisión para el caso de traspaso de valores, también invocado en la demanda y que no se examinaron en la sentencia por apreciar la nulidad por las razones ya apuntadas y que aquí se mantienen.

**QUINTO.-** Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso, tal como prevé el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación al artículo 394 del mismo texto legal. Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

#### **FALLO**

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

- 1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora doña Lucía Torres Ríos en nombre y representación de CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID contra la sentencia dictada el día 5 de enero de 2009 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, en el procedimiento núm. 266/2007 del que este rollo dimana.
- 2.- Confirmar la resolución recurrida.
- 3.- Imponer a la apelante las costas derivadas de su recurso

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos señores magistrados integrantes de este Tribunal.