



Roj: **SAP B 1155/2013 - ECLI: ES:APB:2013:1155**

Id Cendoj: **08019370112013100066**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **11**

Fecha: **25/02/2013**

Nº de Recurso: **1043/2011**

Nº de Resolución: **81/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO GOMEZ CANAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL**

### **BARCELONA**

#### **SECCIÓN 11**

#### **CIVIL**

Don Josep Maria Bachs Estany (Presidente)

Doña María del Mar Alonso Martínez

Don Antonio Gómez Canal (Ponente)

#### **ROLLO DE APELACIÓN 1.043/11**

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4 DE SABADELL

JUICIO ORDINARIO 868/10

#### **SENTENCIA nº81**

En Barcelona, a 25 de febrero de 2013.

La Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona formada por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba reseñados ha visto en grado de apelación los autos de **JUICIO ORDINARIO 868/10** sobre nulidad contractual seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de Sabadell por demanda de DON Fabio , representado por la Procuradora sra. Navarro y asistido por el Letrado sr. Millán, contra DON Mauricio , representado por la Procuradora sra. Borrás y defendido por la Abogada sra. Lladó, y que penden ante nosotros por virtud del recurso interpuesto por el interpelado contra la Sentencia dictada en dichas actuaciones en fecha 7 de junio de 2.011 y pronuncia la presente resolución en base a los siguientes,

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

##### **Primero.- RESOLUCIÓN RECURRIDA.**

En el juicio ordinario 868/10 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de Sabadell recayó Sentencia el día 7 de junio de 2.011 cuya parte dispositiva, por lo que aquí interesa, establece lo siguiente: "*Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por Don Fabio , representado por el Procurador de los Tribunales Josep Gubern Vives, contra Don Mauricio , representado por la Procuradora de los Tribunales Neus Cano López, por lo que **debo declarar y declaro** la nulidad de la escritura de reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria otorgada en fecha 28 de octubre de 2008 ante el Notario de Sabadell D. Joan Bosch Boada, número de protocolo 2.284, y **debo declarar y declaro** que el actor debe abonar al demandado la suma de 6.178,57 euros, con los intereses legales del artículo 576 de la LEC . No se hace condena en costas.*"

##### **Segundo.- LAS PARTES EN EL RECURSO.**



Contra dicha sentencia parcialmente estimatoria la parte demandada preparó primero e interpuso seguidamente recurso de apelación al que se opuso el actor. A continuación los litigantes fueron emplazados ante la Superioridad, compareciendo ambos en tiempo y forma.

### **Tercero.- TRAMITACIÓN EN LA SALA.**

Recibidos los autos en esta Sección, sin necesidad de celebración de vista, el día 13 de febrero de 2.013 tuvo lugar la sesión de deliberación, votación y fallo.

### **Cuarto.- CUMPLIMIENTO DE LOS TRÁMITES.**

En la tramitación de la segunda instancia jurisdiccional se han observado todas las prevenciones legales en vigor a excepción del plazo global de duración debido al cúmulo de asuntos que penden ante esta Sección.

Expresa la decisión del Tribunal el magistrado don Antonio Gómez Canal, que actúa como ponente.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Primero.- RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR DON Mauricio .

### **I.- La resolución de primer grado.**

La Sentencia número 112/11 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de Sabadell en los autos de juicio ordinario 868/10 adopta las siguientes decisiones:

1.- Declara nulos el reconocimiento de deuda y la constitución de garantía hipotecaria otorgados por don Fabio a favor de don Mauricio en fecha 28 de octubre de 2.008 ante el notario de Sabadell sr. Bosch Boada (documento 1 de la demanda) por considerar que encubre un préstamo que califica de usurario por dos motivos: a) haber sido concertado en condiciones leoninas, aprovechando la angustiosa situación del prestatario y b) constar recibida una suma inferior a la realmente entregada por el prestamista (18.000€ frente a 6.178,57€), supuestos ambos tipificados en el art. 1º de la Ley sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios de 23 de julio de 1908 también conocida como Ley de Represión de la **usura** o Ley Azcárate en honor al jurista que la impulsó, don Gumersindo de Azcárate (León 1.840- Madrid 1.917).

2.- Por aplicación del art. 3º de dicha norma declara la obligación del actor de restituir al prestamista la suma realmente recibida más los intereses procesales.

### **II.- Reacción de las partes.**

Don Fabio se aquieta a dicha resolución y frente a ella -hemos de entender en relación a los aspectos que le resultan desfavorables ( art. 448.1º LECivil)- se alza don Mauricio por medio del presente recurso de apelación que articula en base a una serie de alegaciones que por razones sistemáticas reconducimos a dos motivos:

1.- Incongruencia (alegación 4ª del escrito de formalización).

2.- Error en la valoración de la prueba aportada por el actor acreditativa de la inexactitud del reconocimiento de deuda en su día otorgado (alegaciones 2ª y 3ª del recurso).

### **III.- Resolución del recurso.**

Primer motivo: incongruencia de la resolución de primer grado por fundar su decisión en un hecho -la angustiosa situación económica del actor- que no fue invocado por éste en el escrito rector del proceso.

El motivo así planteado ha de ser desestimado.

Es innegable que: a.- don Fabio no alegó, en el momento hábil para ello ( art. 399.1 y 3 LECivil ), que se hubiera visto compelido a suscribir el contrato litigioso como consecuencia de los apuros económicos por los que atravesaba y así lo reconoce al evacuar el trámite a que se refiere el art. 461.1º LECivil (párrafo 3º al folio 129) y b.- por respeto a los principios procesales de aportación de hechos por las partes y congruencia reconocidos en los arts. 216 y 218.1 LECivil , respectivamente, el tribunal no podía fundar su decisión en un hecho que no fue introducido oportunamente por las partes en el proceso.

Ahora bien, si examinamos en profundidad la resolución de primer grado observamos que la nulidad que decreta del contrato de 28 de octubre de 2.008 -de reconocimiento de deuda y de la garantía anexa a él ( STS de 15/7/08 , FJ 2º)- no se basa exclusivamente en la concurrencia de ese supuesto, uno de los previstos en el párrafo 1º del art. 1º de la Ley de 23 de julio de 1.908 ("aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa"). En efecto, la Sentencia de primer grado, por aplicación del art. 3º de dicha norma , acoge la pretensión declarativa de nulidad ejercitada por don Fabio al considerar acreditado -ya veremos si con acierto- que el anterior no recibió del prestamista la suma confesada, sino una muy inferior, lo que nos sitúa en el



párrafo segundo del citado artículo 1º de la Ley Azcárate según el cual "será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias" ( STS de 14/7/09 ).

Concluimos por tanto que la Sentencia recurrida:

a.- dio respuesta a la petición de nulidad negocial expresamente postulada en el escrito rector del proceso ( arts. 5.1 , 218.1 y 399.1.i.f . y 5 LECivil ) y b.- para ello se basó, desde un punto de vista fáctico, en uno de los hechos invocados por el actor (no recepción del total del préstamo confesado, hechos 3º, 4º, 5º, 6º y 8º de la demanda) y jurídicamente, en la normativa que consideraba aplicable en base a la facultad concedida por el art. 218.1.II LECivil , por lo que no se apartó de la causa de pedir que hizo valer la parte actora en el escrito rector del proceso pronunciando un fallo extraño a lo que fue el objeto del debate ( STC 9/98, de 13 de enero citada por la STS de 13 de diciembre de 2.012 ) por lo que descartamos que la Sentencia de primer grado hubiera incurrido en el vicio de incongruencia -en su modalidad "extra petita" por concesión de cosa distinta de la suplicada- denunciado por el recurrente como causante de indefensión ( art. 24.1 C.E .).

Segundo motivo: error en la valoración de la prueba aportada por el actor para acreditar la inexactitud del reconocimiento de deuda en su día otorgado.

Tampoco este segundo, y último motivo del recurso, puede tener favorable acogida.

Para llegar a esta conclusión debemos recordar tres principios generales de aplicación al caso:

1.- El reconocimiento de deuda, como el efectuado por el sr. Fabio mediante escritura pública de 28/10/08, ha sido tratado por la jurisprudencia en reiteradas ocasiones (por todas STS de 6/3/09 ) señalando que "aun cuando no aparece regulado especialmente, constituye en nuestro derecho un negocio jurídico de fijación (en igual sentido, el artículo 1988 del Código Civil italiano) en el que, si bien no se produce una total abstracción de la causa (como en el Derecho alemán, parágrafo 781 del B.G.B.) se contiene la obligación del deudor de cumplir lo reconocido salvo que se oponga eficazmente al cumplimiento alegando y probando que la obligación a que se refiere es inexistente, nula, anulable o ineficaz por cualquier causa, lo que implica la inversión de la carga de la prueba. Así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala al establecer que «el reconocimiento contiene la voluntad negocial de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente, le anuda el efecto material de obligar al cumplimiento por razón de la obligación cuya deuda ha sido reconocida, y el efecto procesal de la dispensa de la prueba de la relación jurídica obligacional preexistente» ( sentencias de 17 noviembre 2006 y 16 abril 2008 , entre otras)." En resumen, desde el momento en el que don Mauricio es beneficiario del reconocimiento de deuda efectuado por don Fabio , por virtud de la regla distributiva de la carga de la prueba contenida en el art. 217.2º LECivil , incumbía al actor acreditar de manera cumplida que dicho reconocimiento carecía de causa jurídica, en particular, porque nunca recibió los 18.000 € confesados.

2.- Dicho esto es obligado recordar, con la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2.011 , que no se puede "pretender la certeza incuestionable de los hechos a que se refieren los documentos que se relacionan en el motivo pues ni siquiera los documentos públicos dan fe de la verdad intrínseca de lo que en ellos se declara por los otorgantes ( SSTS de 30 septiembre 1995 , 30 octubre 1998 , 20 enero 2001 , 31 diciembre 2003 , 16 de diciembre de 2009 ." En otras palabras, aunque la manifestación del sr. Fabio en la escritura de continua referencia juega en su contra -pues se presume que respondía a la realidad, tenía causa jurídica y que además era lícita, art. 1.277 CCivil-, ello no impide que en el proceso pueda desvirtuar su veracidad mediante las diligencias probatorias que tenga por conveniente debiendo señalar en este punto que el artículo 319.3 LECivil (que sustituye el art. 2 de la Ley de Represión de la **usura**, derogado por la disposición derogatoria, punto 2, núm. 4 de la misma LECivil) establece que en materia de **usura** los tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción sin vinculación a la fuerza probatoria de los documentos públicos, lo cual ha sido interpretado por el Tribunal Supremo (refiriéndose al derogado art. 2 de la Ley Azcárate ) como un juicio de valor que versa sobre un presupuesto fáctico ( SsTS 30/12/1.987 y 17/12/1.990 ), lo que implica la facultad de apreciar libremente tanto las alegaciones de las partes como la prueba practicada ( STS de 27/12/1.989 ), concediéndose así a los tribunales una gran libertad de criterio que sólo puede combatirse proyectando la atención sobre el hecho objeto de la calificación jurídica ( STS de 7/11/1.990 ).

3.- Que la norma sobre distribución de la carga probatoria que afecta a quien pretende la declaración de nulidad de un contrato, el sr. Fabio en nuestro caso, se debe modular con el principio de la mayor facilidad probatoria y en este sentido dice la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8º, el 3 de noviembre de 2.009 en un asunto similar al nuestro que "Dadas las dificultades por parte del prestatario para acreditar que la cantidad recibida fue inferior a la consignada en el documento en el que se refleja el préstamo, el artículo 2 de la citada Ley de 1.908, actualmente reemplazado por el artículo 319.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , establece que en materia de **usura** los tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción sin vinculación a la fuerza probatoria de los documentos públicos, concediendo a



los tribunales una gran libertad de criterio para tener por acreditado ese trascendental hecho. De conformidad con el precepto antes citado y con lo dispuesto en el artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (hoy 217.7º LECivil), que establece que el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes litigantes, debe estimarse que es la parte prestamista la que tiene a su disposición acreditar que entregó esa cantidad que refiere cuando, como en el presente caso ocurre, es el prestatario el que niega haber recibido la total suma que se dice entregada."

Pues bien, si aplicamos al caso sometido a nuestra consideración los anteriores principios generales llegamos a las siguientes conclusiones:

1.- Desde el momento en el que don Mauricio ha sostenido a lo largo del proceso que el dinero en efectivo lo entregó al sr. Fabio en la notaría (hecho 2º de la contestación al folio 57 e interrogatorio 3m.:35s. y 10m.:26s. de la videograbación) y que la sra. Zaira admitió al ser interrogada como testigo en el juicio que no estuvo presente en ese lugar, convenimos con el recurrente en la insuficiencia de esa prueba para, por sí sola, desvirtuar el reconocimiento de deuda otorgado por el anterior. Ahora bien, lo que no deja de ser extraño desde la lógica de las cosas es que el sr. Fabio, que había comunicado a la sra. Zaira la fecha de la firma del contrato que creía de préstamo y que se había dejado acompañar por ella a ese acto (18m.:57s.), le negara después haber recibido suma alguna, en metálico o cheque conformado, de no ser realmente así (19m.:22.s. de la videograbación).

2.- Junto a este indicio existen otros de mayor fortaleza que llevan a la convicción, al igual que a la magistrada de primera instancia, de que en fecha 28 de octubre de 2.008, a pesar de lo declarado, don Fabio no había recibido la suma confesada y que con posterioridad únicamente recibió la suma a que se refiere la Sentencia de 6.178,57€:

2.1.- don Mauricio admitió al ser interrogado en el juicio, aunque con grandes reticencias (2m.:38s. de la videograbación), estar integrado en una organización dedicada profesionalmente a la concesión de préstamos; a partir de este hecho base inferimos que, como ordenado comerciante, debía llevar los oportunos libros contables y conservar la documentación bancaria propia de su negocio más teniendo en cuenta el escaso tiempo transcurrido entre la operación (octubre 08) y el inicio del litigio (abril 10). Pues bien, negada por el actor la recepción de los 12.500€ presuntamente entregados en metálico, el hoy recurrente tenía la posibilidad de aportar los instrumentos que desvirtuaran la tesis del anterior acreditando la salida de dicha cuantía de su patrimonio. Al no haberlo verificado, a pesar de la facilidad que tenía para ello, deducimos que ese capital nunca fue entregado a don Fabio.

2.2.- más decisivo resulta constatar que si a esa suma, los 12.500€ que la recurrente sostiene haber abonado en mano, le añadimos la cantidad que la resolución de instancia reconoce como efectivamente recibida por el sr. Fabio tras la firma del contrato, 6.178,57€ que se impone a este tribunal, el reconocimiento de deuda y la consiguiente garantía hipotecaria por tan solo 18.000€ deviene insuficiente lo cual resulta impensable tratándose de un profesional de los servicios financieros. Esto nos lleva a pensar, conforme al art. 386.1º LECivil, que en la fecha de la suscripción del negocio litigioso don Fabio no había recibido la suma que reconoció adeudar a don Mauricio y que tampoco lo hizo con posterioridad, al menos en su integridad, lo que configura el supuesto de nulidad previsto en el párrafo segundo del art. 1º de la Ley Azcárate.

Si retomamos lo visto a lo largo de este fundamento jurídico procederá rechazar íntegramente el recurso interpuesto por don Mauricio y confirmar la Sentencia de primer grado.

### **Segundo.- COSTAS DE APELACIÓN.**

La desestimación del recurso interpuesto por DON Mauricio y la inexistencia de serias dudas fácticas o jurídicas, justifica que las costas causadas por su tramitación se impongan al apelante conforme a lo dispuesto en el art. 398.1º LECivil en relación al art. 394.1º de la misma norma.

### **Tercero.- DEPÓSITO PARA RECURRIR.**

Desestimado el recurso de apelación, conforme al punto 9º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por 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, DON Mauricio pierde el depósito en su día constituido, al que se dará el destino legal.

## **FALLAMOS**

Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por DON Mauricio contra la sentencia dictada en fecha 7 de junio de 2.011 en los autos de juicio ordinario 868/10 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Sabadell y en consecuencia:



1º **CONFIRMAMOS** íntegramente dicha resolución.

2º **CONDENAMOS** a DON Mauricio a:

2.1.- El pago de las costas causadas por la tramitación del recurso de apelación.

2.2.- La pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Inclúyase en el libro de Sentencias dejando testimonio en el rollo de apelación procediendo a la devolución de las actuaciones originales al juzgado junto con certificación de la presente para que cumpla lo ordenado.

Notifíquese a las partes esta sentencia en legal forma comunicándoles que contra ella no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia, juzgando de manera definitiva en segunda instancia, lo pronunciamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ