



Roj: **STS 1713/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1713**

Id Cendoj: **28079110012020100280**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/06/2020**

Nº de Recurso: **4597/2017**

Nº de Resolución: **302/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 16715/2017,**
STS 1713/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 302/2020

Fecha de sentencia: 15/06/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 4597/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/04/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. SECCIÓN 8.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 4597/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 302/2020

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán



D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 15 de junio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Fulgencio y D.^a Amelia, representados por la procuradora D.^a M.^a Soledad Carnero Chamón bajo la dirección letrada de D. Ángel José Zamora Jiménez, contra la sentencia n.º 361/2017 dictada por la Sección 8.^a de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 109/2017 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1389/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Alcalá de Henares, sobre nulidad de préstamo mercantil con garantía hipotecaria. Ha sido parte recurrida la mercantil Mircape S.L., representada por la procuradora D.^a M.^a del Mar Elipe Martín y bajo la dirección letrada de D. Ignacio Ezcurdia García.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D. Fulgencio y D.^a Amelia interpusieron demanda de juicio ordinario contra la mercantil Mircape S.L. en la que solicitaba se dictara sentencia declarativa y de condena en la que:

"DECLARE (Causa Torpe).

"1.- La invalidez o nulidad radical del contrato por falta de uno de los requisitos del artículo 1261 del Código civil, con motivo de la falsedad, torpeza o ilicitud de la causa del mismo, con los efectos previstos en el artículo 1306 del mismo Código.

"2.- Que como consecuencia de lo anterior declare además extinguida la hipoteca, así como la nulidad del Procedimiento de Ejecución Hipotecaria n.º 2183/2009, sustanciado en el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Alcalá de Henares, ordenando la cancelación de los asientos registrales correspondientes a dicha hipoteca, así como a la adjudicación de la vivienda a la demandada.

"3.- Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada.

"PETICIÓN SUBSIDIARIA 1.^a (Usura).

"1.- La nulidad del préstamo hipotecario por usurario, con los efectos previstos en el artículo 3 de la Ley de represión de la usura declarando asimismo en consecuencia la obligación de los prestatarios de restituir a la demandada únicamente la cantidad efectivamente prestada, así como que dicha cantidad se limita a 53.000 euros o, en su defecto, 58.546 euros, y en todo caso minorada en el importe de 3.645 euros, como consecuencia de los frutos obtenidos por el alquiler de la vivienda adjudicada a la demandada.

"2.- Que como consecuencia de lo anterior declare además extinguida la hipoteca, así como la nulidad del Procedimiento de Ejecución Hipotecaria n.º 2183/2009, sustanciado en el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Alcalá de Henares, ordenando la cancelación de los asientos registrales correspondientes a dicha hipoteca, y a la adjudicación de la vivienda a la demandada.

"3.- Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada.

"PETICIÓN SUBSIDIARIA 2.^a (dolo-error).

"1.- La nulidad del préstamo hipotecario por la existencia de dolo o error invalidante del consentimiento, con los efectos previstos en el artículo 1303 del Código Civil, declarando asimismo en consecuencia la obligación de los prestatarios de restituir a la demandada únicamente la cantidad efectivamente prestada, más el interés legal, así como que dicha cantidad se limita a 53.000 euros o, en su defecto, 58.546 euros, y en todo caso minorada en el importe de 3.645 euros, como consecuencia de los frutos obtenidos por el alquiler de la vivienda adjudicada a la demandada.

"2.- Que como consecuencia de lo anterior declare además extinguida la hipoteca, así como la nulidad del Procedimiento de Ejecución Hipotecaria n.º 2183/2009, sustanciado en el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Alcalá de Henares, ordenando la cancelación de los asientos registrales correspondientes a dicha hipoteca y a la adjudicación de la vivienda a la demandada.

"3.- Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada.

"PETICIÓN SUBSIDIARIA 3.^a (incumplimiento).

"1.- La rescisión del contrato de préstamo hipotecario por incumplimiento de la demandada con los efectos previstos en el artículo 1303 del Código Civil, declarando asimismo en consecuencia la obligación de los



prestarios de restituir a la demandada únicamente la cantidad efectivamente prestada más el interés legal, así como que dicha cantidad se limita a 53.000 euros o, en su defecto, 58.546 euros, y en todo caso minorada en el importe de 3.645 euros, como consecuencia de los frutos obtenidos por el alquiler de la vivienda adjudicada a la demandada.

"2.- Que como consecuencia de lo anterior declare además extinguida la hipoteca, así como la nulidad del Procedimiento de Ejecución Hipotecaria n.º 2183/2009, sustanciado en el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Alcalá de Henares, ordenando la cancelación de los asientos registrales correspondientes a dicha hipoteca y a la adjudicación de la vivienda a la demandada.

"3.- Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada.

"PETICIÓN SUBSIDIARIA 4.ª (cláusulas abusivas).

"1.- La nulidad por abusiva de la Cláusula Tercera del Contrato de préstamo hipotecario en lo que se refiere a los intereses de demora del 29% con los efectos previstos en el artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios teniendo por tanto por no puesta dicha cláusula del contrato.

"2.- Que como consecuencia de lo anterior declare la nulidad del Procedimiento de Ejecución Hipotecaria n.º 2183/2009, sustanciado en el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Alcalá de Henares, ordenando la cancelación del asiento registral correspondiente a la adjudicación de la vivienda a la demandada.

"3.- Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada".

2.- La demanda fue presentada el 25 de noviembre de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Alcalá de Henares y fue registrada registró con el n.º 1389/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Mircape S.L., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba dicte sentencia:

"por la que se desestime íntegramente la demanda formulada por la adversa, ya sea por las excepciones planteadas o por el fondo del asunto, y concretamente, en cuanto a la Petición principal (Causa torpe) y en cuanto a las peticiones subsidiarias de Petición subsidiaria (usura), Petición subsidiaria 2.º (dolo-error), Petición subsidiaria 3.º (incumplimiento) y Petición subsidiaria 4.º (cláusulas abusivas), y en todos los casos, con expresa imposición de costas a la parte actora".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Parla (sic) dictó sentencia de fecha 24 de julio de 2015, con la siguiente parte dispositiva:

"Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales Dª Adoración Quero Rueda en nombre y representación de D Fulgencio y D.ª Amelia contra Mircape S.L. DEBO DECLARAR LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA TERCERA DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO EN LO QUE SE REFIERE AL INTERÉS DE DEMORA DEL 29%, teniendo por no puesta dicha cláusula del contrato, sin expresa condena en costas para ninguna de las partes".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Fulgencio y D.ª Amelia .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 109/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 4 de septiembre de 2017, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Fulgencio y D.ª Amelia contra la sentencia de 24 de julio de 2015 dictada en los autos civiles 1389/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Alcalá de Henares; por lo que se acuerdan los siguientes pronunciamientos:

"1.º) Confirmar íntegramente la sentencia apelada.

"2.º) Condenar a la parte apelante al abono de las costas causadas en esta alzada".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- D. Fulgencio y D.ª Amelia interpusieron recurso de casación.

El único motivo del recurso de casación fue:

"Al amparo del art. 477.2.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del art. 1 de la Ley de Represión de la Usura y la interpretación que de dicho precepto desarrolla la jurisprudencia del TS".



2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 15 de enero de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Fulgencio y D.^a Amelia contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 4 de septiembre de 2017, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8.^a en el rollo de apelación n.º 109/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 1389/2013 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Alcalá de Henares".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 22 de abril de 2020, en que tuvo lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia. La firma de la sentencia se ha demorado debido a los efectos del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes*

La cuestión litigiosa que se plantea versa sobre la interpretación y aplicación del párrafo segundo del art. 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, de usura, que declara nulo el contrato de préstamo en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada. Lo que se debate es si concurre este supuesto cuando el prestamista retiene diversas cantidades que no están debidamente justificadas e identificadas.

Son hechos probados o no discutidos necesarios para resolver el recurso de casación los siguientes.

1.- El día 11 de febrero de 2008, D. Fulgencio y D.^a Amelia, su hija D.^a Vicenta y su marido D. Pedro Francisco, otorgaron una escritura de préstamo y constitución de hipoteca con Mircape SL en la que se hacía constar que los cuatro primeros recibían de esta última en concepto de préstamo un capital de 71.300 euros, de los que 3.070,00 euros correspondían a intereses. Se indicaba que el importe total recibido constaba desglosado en un certificado aceptado por la prestataria y del que se adjuntaba copia, haciendo constar que 53.000,00 euros se entregaban mediante cheque bancario, que por fotocopia quedaba integrado a la matriz, y la cantidad restante en efectivo metálico. En el mencionado certificado de desglose los 71.300 euros figuraban distribuidos, de una parte, en 3.070,00 euros en concepto de intereses y, de otra, el resto, 68.230 euros, bajo la denominación de "principal", desglosado en las siguientes cantidades: cancelaciones y pagos, 0 euros; liquidez, 58.546 euros; factura Mircape SL, 3.684 euros; retención hipotecaria, 0 euros; provisión de fondos para gastos, 3.000 euros; honorarios profesionales, 3.000 euros.

En la misma escritura de préstamo, los demandantes hipotecaron su vivienda en garantía del pago de la letra de cambio librada ese mismo día por importe de 71.300 euros y con vencimiento el 11 de agosto de 2008, de los intereses de demora pactados al 29% anual y del 25% del principal para costas y gastos. A efectos de la hipoteca se tasó la finca en 150.000 euros.

Producido el impago en la fecha de vencimiento, Mircape SL inició un procedimiento de ejecución hipotecaria que concluyó con la adjudicación de la vivienda hipotecada a su favor.

2.- D. Fulgencio y D.^a Amelia (en adelante, los demandantes) interpusieron demanda contra Mircape SL por la que solicitaban la declaración de nulidad por usurario del préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre las partes; subsidiariamente, solicitaban la nulidad del préstamo hipotecario por vicio del consentimiento; subsidiariamente, la rescisión del contrato del préstamo hipotecario por incumplimiento de la demandada; la nulidad de los intereses moratorios por abusivos; y en todos los casos pedían la declaración de nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, que concluyó con la adjudicación de la vivienda hipotecada, a la ejecutante.

3.- La sentencia de primera instancia declara únicamente la nulidad de la cláusula en que se establecían los intereses de demora del 29%, aplicando la normativa de cláusulas abusivas al considerar que los prestatarios son consumidores. Descarta sin embargo el error vicio en el consentimiento y la nulidad por usura.

Por lo que interesa a efectos del presente recurso de casación, sobre la acción de nulidad por usura, el juzgado considera: que el interés remuneratorio, único relevante, fue de un 9%, que no es notablemente superior al legal



del dinero, ni desproporcionado, en atención a las circunstancias; que no consta la situación angustiosa; con el examen conjunto de las pruebas practicadas el juzgado considera acreditada la entrega en efectivo de la cantidad de 58.546 euros y que la cantidad que no se entregó en efectivo se empleó en gastos que habían sido asumidos por los prestatarios (3.070 euros en concepto de intereses pactados, 3.648 euros en concepto de factura de la prestamista Mircape -honorarios derivados de las investigaciones para garantizar el pago, incluida la tasación de la vivienda-, 3.000 euros como provisión de fondos para gastos y 3.000 euros como honorarios profesionales de la entidad mediadora en el préstamo, que no ha sido parte en este procedimiento).

4.- Recurrida la sentencia de primera instancia por los demandantes, la Audiencia desestimó el recurso y confirmó la sentencia apelada.

En lo que ahora interesa, sobre la acción de nulidad por usura, declaró que no se daban ninguna de las circunstancias requeridas por el art. 1 de la Ley de usura:

i) "No son desproporcionados (los intereses) pactados al tipo del 9% atendiendo a las circunstancias concurrentes, al ser el interés con el que ha de realizarse la comparación no el interés legal del dinero y sí el interés "normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad existente en esta materia" (sentencia 869/2001, de 2 de octubre). No estando destinado el préstamo a la financiación de vivienda, tal y como ya se señaló, pese a lo que la parte apelante sólo establece la comparación con los fijados para esa adquisición a más de tres años o con el interés legal del dinero. Omitiendo los riesgos que su concesión conllevaba".

ii) "[D]esde el punto de vista de los requisitos subjetivos, tampoco se aprecia una situación angustiosa al ser los propios demandantes quienes sostienen en su demanda ser perfectos conocedores de la lastimosa situación en que se encontraban su hija y su yerno, quien, a su vez, les había transmitido estar próximo a heredar una vivienda "mejor" que la hipotecada con la que amortizar el préstamo; y por lo que accedieron a gravar su vivienda con la garantía hipotecaria".

iii) "Medios que también demuestran, pese a la insistencia de la parte apelante en mantener interesadamente la errónea valoración de la prueba, que los prestatarios recibieron el capital prestado, parte en un cheque y parte en efectivo, según el reseñado desglose; y así lo reconoció en el acto del juicio D. Pedro Francisco . No constando que se recibiera menor cantidad que la que se dice prestada al relacionarse en ese desglose el importe líquido, los honorarios del intermediario y gastos facturados el mismo día de otorgamiento de la escritura pública de préstamo, asumidos por los prestatarios. Por ello, no nos encontramos ante el supuesto de nulidad del préstamo del artículo 1 de la Ley Azcárate cuando mediante la ficción de que se ha recibido cantidad mayor a la efectivamente recibida por el prestatario queden agravadas las condiciones económicas del contrato".

5.- Los demandantes interponen recurso de casación.

SEGUNDO.- Recurso de casación

1.- Formulación del recurso.

El recurso se interpone por la vía del art. 477.2.3º LEC y se funda en un único motivo en el que se denuncia infracción del art. 1 de la Ley de represión de la usura. Se justifica el interés casacional con la cita de las sentencias 113/2013, de 22 de febrero, 677/2014, de 2 de diciembre, y 628/2015, de 25 de noviembre. En su desarrollo se sostiene, en síntesis, que se incluyeron unos gastos por comisiones y honorarios que no se corresponden con servicios solicitados ni desempeñados, lo que supone un interés encubierto respecto de la cantidad realmente entregada. Los recurrentes terminan solicitando que se declare la nulidad del préstamo con los efectos del art. 3 de la ley de usura, declarando asimismo en consecuencia la obligación de los prestatarios de restituir a la demandada únicamente la cantidad efectivamente prestada.

En su escrito de oposición la recurrida alega que el recurso solo pretende una nueva valoración de la prueba y que, como declaró la sentencia recurrida, la comisión del intermediario, la provisión de fondos y la factura de la prestamista fueron admitidos como gastos.

El motivo, y con él el recurso, va a ser estimado.

2.- Decisión de la sala. Estimación del recurso.

2.1. Debemos partir de los hechos probados, puesto que los recurrentes no han interpuesto recurso por infracción procesal.

El juzgado consideró probada "la entrega en efectivo de la cantidad de 58.546 euros" y la Audiencia, que confirmó la sentencia del juzgado, dijo a este respecto que "los prestatarios recibieron el capital prestado, parte en un cheque y parte en efectivo, según el reseñado desglose".



Los recurrentes afirman que las sentencias de instancia yerran al considerar probado que recibieron 58.546 euros, porque si bien esa era la cifra que aparecía en el desglose de cantidades y gastos que se adjuntó a la escritura como "liquidez", lo cierto es, alegan, que solo recibieron el cheque de 53.000 euros cuya copia se incorporó a la escritura.

Esta alegación de la parte recurrente no puede ser tomada en consideración por esta sala porque para impugnar un hecho cuya acreditación resultaría de la valoración de las pruebas, la parte recurrente debió interponer recurso por infracción procesal con arreglo a los presupuestos que legalmente se establecen para tal recurso. Al no haberlo hecho, esta sala, al resolver el recurso de casación, debe partir de lo acreditado en la instancia. Sobre esa base se puede tratar de fundar la infracción normativa, tal y como resulta con claridad de la regulación del motivo único del recurso de casación y como señala la Ley de enjuiciamiento civil en su exposición de motivos, que expresamente advierte que "las infracciones de leyes procesales" quedan fuera de la casación.

En consecuencia, para resolver el recurso de casación, debemos partir de que los prestatarios recibieron 58.546 euros.

2.2. Cuestión diferente es el enjuiciamiento de si el contrato es usurario y queda sometido a la Ley de usura, es decir, la valoración jurídica que, a la vista de los hechos probados, corresponde a esta sala a efectos de apreciar la concurrencia de las circunstancias determinantes de la usura según el art. 1 de la Ley de 23 de julio de 1908.

A dicho enjuiciamiento vamos a proceder a continuación y, por las razones que exponemos, esta sala considera que la valoración realizada por la sentencia recurrida no es correcta y debe ser casada.

2.3. El párrafo segundo del art. 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, de usura, declara nulo "el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias".

Con la regulación de este supuesto, que enlaza con el denominado "préstamo falsificado", el legislador quiso sancionar la práctica fraudulenta de remuneración del préstamo de forma encubierta mediante las cantidades no entregadas al prestatario. Esta sala se ha ocupado de este supuesto en diversas ocasiones, junto a otras más antiguas, desde las sentencias de 2 de noviembre de 1982, 7 de marzo de 1986, 24 de abril de 1991, 8 de noviembre de 1994, 30 de junio de 1998, 539/2009, de 14 de julio, pasando por la sentencia 677/2014, de 2 de diciembre, que declara que en este caso la aplicación de la Ley de usura se objetiva plenamente, sentencia 628/2015, de 25 de noviembre y, más recientemente, sentencias 132/2019, de 5 de marzo, y 189/2019, de 27 de marzo, aunque en esos casos no quedara acreditado que el prestatario hubiera dejado de percibir parte de la suma prestada).

El presente caso ofrece la particularidad de que lo que se debate es si concurre el supuesto de que "en el contrato se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada" por haber retenido el prestamista diversas cantidades que no están debidamente justificadas e identificadas.

Debemos señalar que, de forma aislada, el que se cobren por adelantado los intereses no determina que nos encontremos ante un contrato de préstamo en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada. De la misma manera que pueden incluirse en la cantidad prestada, y descontarse de lo que se entrega, las cantidades que razonablemente correspondan a servicios prestados. Tampoco existe inconveniente en que el prestamista, según lo acordado, retenga cantidades para pagar deudas del prestatario, sin que ello suponga de forma automática una disconformidad entre la cantidad declarada y la realmente recibida.

Es decir, que el prestamista retenga cantidades del dinero prestado o que las entregue a terceras personas no comporta necesariamente que se trate de un "préstamo falsificado". En todos estos casos, si están debidamente identificados los gastos, guardan relación con el préstamo y deben ser asumidos por el prestatario, debe entenderse que las cantidades necesarias para satisfacerlos han sido "verdaderamente entregadas" al prestatario en el sentido del párrafo segundo del art. 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, de usura.

Lo que procede, por tanto, es analizar si concurren esas circunstancias, dentro de las flexibles facultades de calificación jurídica que la jurisprudencia ha venido reconociendo en materia de usura con apoyo, primero, en el derogado art. 2 de la Ley de usura y en la actualidad en el art. 319.3 LEC.

La sentencia recurrida ha omitido valorar si los conceptos y las cuantías de los gastos cobrados por la prestamista con cargo al capital que se declara prestado y que no se llegó a entregar a los prestatarios se encuentran debidamente identificados. La Audiencia se limita a afirmar que no consta "que se recibiera menor cantidad que la que se dice prestada al relacionarse en ese desglose el importe líquido, los honorarios del intermediario y gastos facturados el mismo día de otorgamiento de la escritura pública de préstamo, asumidos



por los prestatarios". Respecto de las cantidades no entregadas el juzgado explicó en su sentencia que se trataba de los intereses pactados (3.070 euros), de los honorarios profesionales del intermediario (3.000 euros), la provisión de fondos para gastos (3.000 euros) y los gastos de la propia prestamista que, según la declaración de su representante, recogida en la sentencia del juzgado, se referían a los gastos de tasación de la vivienda y "a una serie de labores de investigación tendentes a averiguar la solvencia de los prestatarios" (3.684 euros).

A la vista de estos hechos probados, esta sala considera que, en realidad, mediante ese "desglose", se está enmascarando que la suma entregada era inferior a la que se suponía prestada, incurriendo en el supuesto descrito en el párrafo segundo del art. 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, de usura, que declara nulo el contrato de préstamo en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada.

A esta conclusión se llega mediante la valoración de una serie de circunstancias que concurren en el caso, como son:

- i) el pago anticipado de los intereses, dado que se descontaron los 3.070 euros formalmente pactados como intereses de la suma prestada y no se entregaron al prestatario;
- ii) la ausencia de detalle de en qué consistieron los servicios de la intermediaria y para cuyo pago la prestamista retuvo 3.000 euros;
- iii) la falta de explicación acerca de la relación entre la intermediaria y la prestamista;
- iv) la falta de especificación de qué gastos se iban a cubrir con la provisión de fondos de 3.000 euros (de la que tampoco consta rendición ulterior de cuentas);
- v) el hecho de que fuera la propia prestamista quien cobrara por hacer la tasación del inmueble hipotecado, y no otra empresa o profesional especializados;
- vi) que la prestamista cobrara por unas labores de investigación que no se dice en qué consistieron, ni el coste de su realización (pero que dieron lugar a un descuento del importe entregado de 3.648 euros);
- vii) la desproporción de la suma de todas las cantidades descontadas respecto del dinero que se dice prestado ya que, aun partiendo de la cantidad declarada probada en la instancia, si el prestatario recibió 58.546 euros, la exigencia de restitución de 71.300 euros en un plazo de seis meses (sin que se sepa qué gastos fueron efectivamente asumidos por la prestamista), comportaría un interés anual, no del 9% como se declara en el contrato, sino de más del 43%, lo que resulta sin duda desproporcionado para un préstamo garantizado por una hipoteca concertado en 2008 (en la que, por cierto, se daba en garantía una vivienda de valor muy superior al préstamo), por mucho que no se destinara a la adquisición de la vivienda y que el riesgo asumido por la prestamista se basara precisamente en la imposibilidad de conseguir financiación de una entidad de crédito.

La concurrencia de todas estas circunstancias permite concluir que, en el caso, resulta difícil aceptar que todas esas cantidades que los prestatarios no recibieron puedan considerarse como entregadas en beneficio suyo por servicios prestados o gastos que corrieran de su cuenta y, por tanto, que fueran "verdaderamente entregadas" al prestatario en el sentido del párrafo segundo del art. 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, de usura, tal y como antes hemos explicado.

En consecuencia, debemos concluir que nos encontramos en un supuesto comprendido en el párrafo segundo del art. 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, de usura.

Al no entenderlo así, la sentencia recurrida infringe el art. 1 de la Ley de usura y procede la estimación del recurso de casación.

2.4. La estimación del recurso de casación determina que casemos la sentencia recurrida y en su lugar, con estimación parcial del recurso de apelación de los demandantes, declaremos la nulidad del contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado por las partes el 11 de febrero de 2008 (art. 1 de la Ley de usura), lo que comporta que los prestatarios solo estén obligados a devolver al prestamista la suma recibida (art. 3 de la Ley de usura) que, en el caso, tal y como hemos dicho, quedó fijada en la instancia en la cantidad de 58.546 euros.

La nulidad del contrato de préstamo determina que, de acuerdo con la doctrina de la sala (sentencias 622/2001, de 20 de junio, 740/2008, de 15 de julio, y 113/2013, de 22 de febrero), declaremos igualmente la nulidad de la hipoteca que lo garantizaba, que se cancelará registralmente, así como la del procedimiento de ejecución hipotecaria 2183/2009 seguido a instancias de la demandada en el Juzgado de Primera Instancia 4 de Alcalá de Henares (art. 698 LEC) y en el que la vivienda se adjudicó al mismo prestamista que intervino en la constitución de la hipoteca.

**TERCERO.- Costas**

La estimación del recurso de casación determina que no se impongan las costas de este recurso.

No se hace imposición de las costas de la apelación porque el recurso debió ser estimado y se imponen a la demandada las costas de primera instancia, dada la estimación de la demanda.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Fulgencio y D.ª Amelia contra la sentencia dictada el 4 de septiembre de 2017 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8.ª, en el rollo de apelación n.º 109/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 1389/2013, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Alcalá de Henares.

2.º- Casar la mencionada sentencia y en su lugar declarar la nulidad por usurario del contrato de préstamo hipotecario concertado en escritura pública de 11 de febrero de 2008 entre Mircape S.L. como prestamista y D. Fulgencio, D.ª Amelia, D. Pedro Francisco y D.ª Vicenta como prestatarios, que deberán restituir a Mircape S.L. la cantidad prestada, 58.546 euros, sin interés alguno. Declaramos igualmente la nulidad de la hipoteca que garantizaba el préstamo, que se cancelará registralmente, así como la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria 2183/2009 sustanciado en el Juzgado de Primera Instancia 4 de Alcalá de Henares.

3.º- No imponer las costas devengadas por este recurso y ordenar la devolución del depósito constituido para su interposición.

4.º- Imponer a Mircape S.L. las costas de la primera instancia y no imponer las de la apelación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.