

## IL COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

- Prof. Avv. Antonio Gambaro	Presidente
- Prof.ssa Antonella Maria Sciarrone Alibrandi	Membro designato dalla Banca d'Italia (Estensore)
- Prof. Avv. Emanuele Cesare Lucchini Guastalla	Membro designato dalla Banca d'Italia
- Dott. Mario Blandini	Membro designato dal Conciliatore Bancario Finanziario
- Avv. Guido Sagliaschi	Membro designato dal C.N.C.U.

nella seduta del 1° marzo 2011 dopo aver esaminato

- il ricorso e la documentazione allegata;
- le controdeduzioni dell'intermediario e la relativa documentazione;
- la relazione istruttoria della Segreteria tecnica.

### FATTO

La ricorrente ha presentato reclamo al resistente il 15 novembre 2009 e, in assenza di risposta, ha proposto ricorso a questo Collegio il 3 agosto 2010, riproponendo i contenuti del reclamo, che così possono riassumersi.

Il 12 giugno 2009 la ricorrente ha pagato euro 67.016,32 per l'estinzione anticipata di un finanziamento concesso dal resistente il 15 giugno 2001, e accollato dalla ricorrente l'11 settembre 2006, per l'acquisto di immobile destinato ad abitazione.

Tale importo riviene dalla somma del capitale dovuto con interessi, «penale per l'estinzione anticipata» e «penale per riscossione anticipata».

Una parte della somma pagata a titolo di penale per l'estinzione anticipata, tuttavia, non era dovuta. La somma pagata a detto titolo, infatti, riviene dall'applicazione dell'1,9% all'importo del finanziamento, quando, invece, l'1,9% avrebbe dovuto applicarsi al capitale restituito anticipatamente: la relativa differenza, perciò, non è dovuta.

Né era dovuto quanto pagato per interessi, «in quanto il pagamento della rata di mutuo era prevista dal RID ... predisposto dal [resistente] ogni 15 del mese».

La penale per riscossione anticipata, infine, non era dovuta in quanto non prevista dal contratto.

Degli importi non dovuti – quantificati in euro 981,53 – la ricorrente ha domandato la restituzione.

Il resistente, nelle controdeduzioni presentate l'8 ottobre 2010, ha chiesto il rigetto del ricorso, replicando a ciascuna delle ragioni portate dalla ricorrente a fondamento delle sue istanze. Le repliche del resistente possono così sintetizzarsi.

La penale per l'estinzione anticipata doveva calcolarsi sull'importo finanziato in quanto il finanziamento in discorso è un prefinanziamento; ed esso non prevede l'ammortamento del capitale; in luogo di esso, il cliente deve effettuare, sulla base di un altro contratto, dei versamenti su apposito conto vincolato all'estinzione del debito del prefinanziamento;



estinzione che avviene, tramite l'utilizzo di dette somme, quando è concesso il finanziamento ovvero quando questo, per qualsiasi ragione, non sia concesso.

Non è chiara la contestazione della cliente relativa all'importo richiesto per interessi al tempo dell'estinzione anticipata; ad ogni modo, tale importo corrisponde agli interessi maturati tra il 1° giugno e il 12 giugno, data dell'estinzione anticipata, avendo la cliente già pagato gli interessi anteriormente maturati e in particolare quelli maturati nel mese di maggio.

La penale per riscossione anticipata risulta dai documenti di sintesi allegati agli estratti conto e la ricorrente non ha mai fatto opposizione alla variazione. Tale penale è prevista per il rapporto che obbliga la ricorrente ai versamenti sul conto vincolato all'estinzione del prefinanziamento: rapporto che costituisce un «distinto» contratto rispetto a quello di prefinanziamento, per quanto «inscindibile» da questo.

La ricorrente ha formulato osservazioni in «risposta alle controdeduzioni» del resistente con nota pervenuta il 14 dicembre 2010; osservazioni cui il resistente ha a sua volta controreplicato con nota pervenuta il 3 gennaio 2011.

La ricorrente ha chiesto anzitutto la dichiarazione della nullità delle controdeduzioni perché «presentate fuori dei termini dei 30 gg. previsti dal CICR con deliberazione 29/07/2008, art. 5, comma 3». Il resistente ha osservato che il termine richiamato è ordinatorio, non perentorio.

La ricorrente ha poi chiesto la restituzione di somme ulteriori rispetto a quelle già domandate in fase di reclamo e poi nel ricorso, in quanto pagate sulla base di clausole del contratto, che costituiscono «palesi violazioni dei diritti del consumatore e delle norme di Trasparenza». Il resistente ha difeso la legittimità delle relative clausole.

La ricorrente ha poi finalmente svolto alcune osservazioni sul merito delle controdeduzioni del resistente, ad integrazione dei contenuti del ricorso, così sintetizzabili.

Quanto all'importo dovuto a titolo di penale per estinzione anticipata, ha notato che la base di calcolo della relativa percentuale contrattuale è rappresentata dall'importo finanziato, cui va sottratto quanto versato sul conto vincolato all'estinzione anticipata, in quanto tale seconda somma è «nella piena disponibilità del [resistente]».

Riguardo agli interessi pretesi dal resistente in sede di estinzione anticipata, la ricorrente chiarisce che questi non erano dovuti perché la rata per quota interessi pagata il 15 di maggio 2009 già includeva gli interessi maturandi fino al successivo 15 di giugno, sì che, al 12 giugno 2009, data dell'estinzione anticipata, non potevano essere maturati interessi ancora non pagati.

In ordine all'importo pagato a titolo di penale per riscossione anticipata, nota di non aver mai ricevuto documenti di sintesi che riportassero la relativa clausola.

Sul punto, il resistente sottolinea che tali documenti sono stati inviati, per posta ordinaria, al mutuatario; che l'accollante non aveva nessun titolo per riceverli, l'accollo essendo interno. E aggiunge che, per tale ragione, l'accollante neppure può far valere eccezioni spettanti all'accollato.

Considerato il procedimento maturo per la decisione, questo Collegio lo ha esaminato nella riunione del 1° marzo 2011.

## **DIRITTO**

Prima di entrare nel merito della controversia, occorre, anzitutto, vagliare la richiesta della ricorrente relativa alla nullità delle controdeduzioni del resistente. La domanda non può essere accolta: per quanto tardive, le controdeduzioni presentate dal resistente sono ammissibili. Giustamente il resistente osserva che il termine per la presentazione delle controdeduzioni non è perentorio, bensì ordinatorio: trova infatti applicazione l'art. 152, comma 2, c.p.c.



Inammissibili, invece, sono le richieste, formulate dalla ricorrente «in risposta alle controdeduzioni» del resistente, di somme ulteriori a quelle domandate con il reclamo e poi nel ricorso: dopo la presentazione del ricorso, infatti, sono consentite solo osservazioni sulle controdeduzioni del resistente; non è consentito ampliare il *thema decidendum* fissato nel ricorso: come si desume dalla circostanza che il ricorso deve essere preceduto, a pena di inammissibilità, dal reclamo e deve avere ad oggetto la stessa contestazione (v. artt. 4 delibera CICR 29 luglio 2008, adottata ex art. 128-bis T.U.B., come attuata dalle Disp. di Banca d'Italia, 15 febbraio 2010, sez. VI, par. 2).

E con il ricorso, in conformità al reclamo, l'istante ha contestato che fossero dovuti tre ordini di somme pagate al resistente: una parte dell'importo versato a titolo di penale per estinzione anticipata; gli interessi pagati al momento dell'estinzione anticipata e l'intero importo della penale per riscossione anticipata. Per l'effetto, la ricorrente domanda la restituzione delle somme non dovute. E riguardo a ciascun ordine di importi v'è controversia. Nel merito della quale occorre ora entrare.

La debenza o meno di tali importi dipende dalla validità delle clausole del contratto di mutuo ovvero dalla loro interpretazione e/o dalla conformità degli importi pagati a tali clausole: dunque, dalla validità delle pretese del resistente. Validità delle clausole o delle pretese del resistente, che la ricorrente contesta. Ed è legittimata a contestare, quand'anche l'accollo intervenuto tra l'originario mutuatario e la ricorrente fosse da qualificare come puramente interno: come il resistente prospetta nell'ultima sua nota, per poi trarre da detta qualificazione la conclusione che la ricorrente non è legittimata a far valere eccezioni spettanti al mutuatario accollato. Tale assunto, però, certo non sarebbe vero, nella specie, per le eccezioni riguardanti la nullità delle clausole del contratto e delle pretese del resistente: queste possono essere fatte valere da chiunque vi ha interesse (art. 1421 c.c.); e certo la ricorrente ha interesse: avendo lei estinto anticipatamente il debito, se quanto pagato non fosse parzialmente dovuto, avrebbe diritto alla sua restituzione (art. 2031 c.c.).

Il primo importo della cui debenza si controverte è quello pagato a titolo di penale per estinzione anticipata: penale che è stata calcolata dal resistente sull'intero importo del finanziamento, mentre secondo la ricorrente avrebbe dovuto calcolarsi sul capitale prestatato al netto dei versamenti eseguiti dal resistente sul conto destinato all'estinzione del finanziamento.

Per sciogliere il punto, non può che muoversi dalla clausola contrattuale che si occupa della facoltà di estinzione anticipata e dei relativi contenuti. La clausola – contenuta nell'art. 5, comma 5 – è così concepita: «E' in facoltà del mutuatario di rimborsare anticipatamente il mutuo, in tutto o in parte, alle seguenti condizioni: ... la parte mutuataria è obbligata a saldare l'intero debito residuo in linea capitale nonché gli eventuali arretrati che fossero dovuti e eventuali spese giudiziali ... ed ogni altra somma di cui [il resistente] fosse in credito. La parte mutuataria è inoltre obbligata a versare gli interessi maturati sino al giorno dell'estinzione nonché quelli eventuali di mora dovuti e una commissione pari al 4,00 % del capitale restituito anticipatamente (art. 40 comma 1 del T.U)».

La percentuale qui prevista, come emerge dall'esposizione dei fatti, è stata poi ridotta e applicata nella misura dell'1,9%: misura prevista – per i rapporti del genere di quello in oggetto – dall'art. 7, comma 5, d.l. n. 7/07 (conv. in l. n. 40/07 e ora allocato all'art. 161, comma 7-ter T.U.B.) e dall'Accordo di attuazione intervenuto tra ABI e associazioni di consumatori il 2 maggio '07. E in punto di misura percentuale della penale, infatti, non corre disputa tra ricorrente e resistente, che controvertono invece sull'importo su cui la percentuale è stata applicata.



In effetti, la clausola riportata è non chiara in ordine all'effettiva base di calcolo della penale: essa non è indicata nel capitale prestato, ma nel «capitale restituito anticipatamente»; e, se la prima espressione non è equivocabile, la seconda può indurre a ritenere che il capitale restituito anticipatamente possa essere una parte di quello prestato, perché un'altra parte è già stata restituita. E la parte restituita potrebbe essere identificata – come sostiene la ricorrente – nei versamenti effettuati sul conto, appunto, destinato all'estinzione del finanziamento.

Ciò il resistente nega: perché il finanziamento estinto era un prefinanziamento senza ammortamento, di cui l'estinzione era prevista sì tramite i versamenti sul detto conto, ma non ratealmente, bensì al momento della concessione del finanziamento ovvero della sua mancata concessione per qualsiasi ragione.

In effetti, il contratto di mutuo, per cui si controverte, prevede, tra le «premess[e]», che «Sulla base di tale Contratto di Risparmio Edilizio» (altro rispetto al mutuo), «la parte mutuataria si è obbligata a versare quote mensili di risparmio edilizio, con facoltà di accedere, ad avvenuta assegnazione della somma risparmiata, ad un mutuo fondiario ad interessi fissi nominali per un importo pari alla differenza tra la somma di risparmio edilizia sottoscritta e l'importo risparmiato sino all'assegnazione». E poi stabilisce, circa lo «ammortamento» del mutuo, all'art. 5, comma 1: «Sino all'assegnazione del Contratto di Risparmio Edilizio» (*i.e.*: alla concessione del finanziamento) «la parte mutuataria non è tenuta a corrispondere quote di ammortamento del mutuo. L'ammortamento del mutuo in oggetto avrà inizio tramite compensazione, sino alla loro concorrenza, dell'obbligazione di rimborso del mutui con l'obbligazione d[el resistente] di corrispondere l'importo risparmiato dal mutuatario sulla base del contratto di Risparmio Edilizio. Sino a tale momento, la parte mutuataria è obbligata al pagamento dei soli interessi». E prosegue al comma 2 del medesimo art. 5: «Nel caso in cui non si addivenisse ... all'assegnazione del Contratto di risparmio Edilizio, [il resistente] avrà diritto di compensare, sino alla loro concorrenza, i propri crediti ... derivanti dal presente mutuo ... con i crediti ... spettanti al mutuatario sulla base del Contratto di Risparmio Edilizio».

E' vero, dunque, che, nel tempo anteriore a quello previsto per la decisione del resistente di concedere o meno il finanziamento – «l'assegnazione del Contratto di Risparmio Edilizio» – non è previsto che il capitale prefinanziato sia in parte restituito; è pur vero peraltro che è previsto che «nel caso in cui non si addivenisse ... all'assegnazione del Contratto di Risparmio Edilizio, [il resistente] avrà diritto di compensare ... i propri crediti ... con i crediti spettanti al mutuatario» per i versamenti sul conto di «Risparmio Edilizio».

Così che, per il caso in cui il cliente richieda l'estinzione anticipata, fisiologica essendo tale «compensazione» – nel caso, su richiesta del cliente – la clausola sulla penale, che, collocata nello stesso art. 5, segue quella appena riportata, può ben riferirsi, con l'espressione «capitale restituito anticipatamente», a quello che residua al netto della «compensazione» con i crediti del cliente: tanto più che, da un lato, se tra il credito ex mutuo e quello ex «risparmio» interviene un fenomeno realmente compensativo, il capitale «restituito», in senso stretto, è solo quello «pagato» dal cliente, al netto della compensazione; dall'altro, i crediti ex versamenti «risparmio», il cliente non solo non li può esigere, di fatto se non in punto di diritto, ma di essi nemmeno può in alcun modo disporre («che la parte mutuata si obbliga inoltre a non cedere, né concedere in pegno od usufrutto, a terzi»).

E dato il dubbio sul significato della clausola sulla penale, esso è da sciogliersi accogliendo il corno dell'alternativa appena indicato: anzitutto, perché questa è la



soluzione più favorevole per il cliente aderente (art. 1371 c.c.) consumatore (art. 35, comma 2, codice del consumo).

Ma anche perché l'interpretazione della clausola in questione, sostenuta dal resistente, secondo cui base di calcolo della penale è l'intero importo finanziato a prescindere dai versamenti sul conto finalizzato alla «compensazione», pare in contrasto con il canone dell' art. 1367 c.c., poiché renderebbe, pare, nulla la clausola ex art. 1344 c.c. (per frode alla legge). Ciò perché la renderebbe elusiva del divieto, che pare sussistere nell'ordinamento, di «penali» per estinzione anticipata calcolate sull'intero importo finanziato e non sul residuo dovuto al momento dell'estinzione anticipata: un indennizzo per l'estinzione anticipata potendosi giustificare, oltre che per i costi della anticipata cessazione del rapporto, per gli interessi che l'intermediario non percepirà a causa dell'estinzione anticipata e detti interessi sono quelli che sarebbero maturati – non sull'intero capitale prestato, ma – sul capitale non ancora restituito e che, per la sua restituzione anticipata, non matureranno.

Occorre ora venire a considerare il secondo importo di cui la cliente domanda la restituzione, quello per gli interessi a lei richiesti dal resistente al tempo dell'estinzione anticipata, quali interessi maturati fino a tale momento e non ancora pagati. Gli interessi richiesti, secondo la ricorrente, non erano dovuti – ha chiarito nella «risposta alle controdeduzioni» – perché già pagati con il pagamento della rata di maggio: questa comprendendo interessi fino al 15 giugno e l'estinzione anticipata essendosi verificata il 12 precedente. Il resistente lo nega. E la ricorrente non fornisce – non assolvendo al proprio onere (art. 2697 c.c.) – elementi idonei a far ritenere che la rata di maggio non fosse limitata agli interessi di maggio. Anzi, pare probabile il contrario, in difetto di altri elementi: il contratto infatti prevede che «gli interessi vengono computati per l'importo corrisposto dal giorno dell'erogazione sino alla fine del mese solare, e poi, mensilmente [e] devono essere pagati anticipatamente entro la fine del mese precedente»; e la prima rata del finanziamento porta data 15 luglio 2001, secondo quanto afferma la ricorrente, mentre l'erogazione rimonta al 18 giugno, come provato dal resistente: sì che è ragionevole ritenere che la prima rata includesse gli interessi del mese di giugno e quelli di luglio; quindi, le successive quelle del mese volta a volta in corso.

Resta infine da considerare il diritto della ricorrente alla restituzione di quanto pagato per penale per riscossione anticipata, che la ricorrente afferma sostenendo che tale penale non era prevista dal documento riportante il contratto di mutuo.

Il resistente ha replicato che essa risulta dai documenti di sintesi inviati all'originario mutuatario insieme agli estratti conto.

Ora, ciò non è sufficiente per assicurare la validità della clausola. Ex art. 117 T.U.B. le condizioni economiche devono risultare, a pena di nullità, dal documento riportante il contenuto del contratto e sottoscritto da entrambe le parti.

D'altro canto, anche ipotizzando che la clausola sia stata introdotta unilateralmente dal resistente in corso di rapporto, pure sarebbe non valida: non solo perché – come già in altre occasioni rilevato da questo Arbitro – il ius variandi della banca riguarda, in generale, solo le clausole negoziali e non comprende l'introduzione di nuove clausole (v. decisione n. 393/2010); ma anche perché il resistente non ha fornito prova del ricevimento dei documenti di sintesi in parola, com'era suo onere.

Le osservazioni formulate sono sufficienti ad escludere la validità della clausola. Questa, peraltro, risulta nulla anche per ragioni sostanziali. Essa prevede una penale ulteriore a quella per estinzione anticipata. Certo, per un rapporto, almeno formalmente, distinto da



quello di mutuo: quello avente ad oggetto l'obbligo dei versamenti finalizzati alla estinzione del debito ex mutuo. Ma, da un lato, la cliente non potrebbe richiedere l'estinzione anticipata del rapporto «risparmio», senza chiedere quella del mutuo; dall'altro, è fisiologico che l'estinzione anticipata di questo avvenga chiedendo la riscossione anticipata di quanto depositato sul conto «risparmio», per poi far valere la «compensazione» tra questo credito e quanto dovuto per mutuo: sì che la clausola che prevede la penale per riscossione anticipata viene ad aggirare la prescrizione di cui all'art. 7, comma 5, T.U.B. già cit.: come pare rendersi conto lo stesso resistente quando avverte l'esigenza di precisare che i due rapporti sono, per quanto «inscindibili», «distinti».

**P.Q.M.**

**Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso e dispone che l'intermediario restituisca alla ricorrente la differenza tra la somma incassata e quella risultante dal ricalcolo della penale di estinzione anticipata in base al capitale restituito anticipatamente e non sull'ammontare originario del mutuo, nonché la somma addebitata a titolo di penale per riscossione anticipata.**

**Il Collegio dispone inoltre, ai sensi della vigente normativa, che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di euro 200,00, quale contributo alle spese di procedura, e al ricorrente la somma di euro 20,00, quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.**

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da  
ANTONIO GAMBARO