



ADMINISTRACION DE JUSTICIA

SECCION Nº 5 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA

C/ Galo Ponte, 1-3, Zaragoza
Zaragoza

Teléfono: 976 208 053, 976 208 051
Email: audiencias5zaragoza@justicia.aragon.es
Modelo: RES08
Procedimiento Ordinario (Contratación - 249.1.5)
0000255/2018 - 00
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 12 DE ZARAGOZA

Sección: Sin sección

Proc.: **RECURSO DE APELACIÓN**

Nº: **0001171/2018**

NIG: 5029742120180003748

Resolución: Sentencia 000800/2018

Intervención:	Interviniente:	Procurador:	Abogado:
Apelante	BANTIERRA	[REDACTED]	[REDACTED]
Apelado	[REDACTED]	PEDRO LUIS BANERES TRUEBA	RAFAEL LÓPEZ GARBAYO

SENTENCIA núm 000800/2018

Presidente

D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER

Magistrados

D. JUAN CARLOS FERNANDEZ LLORENTE

D. ALFONSO M^a MARTÍNEZ ARESO

En Zaragoza, a once de diciembre de dos mil dieciocho.

En nombre de S.M. el Rey,

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de Procedimiento Ordinario (Contratación -249.1.5) 255/2018, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 12 DE ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo **RECURSO DE APELACION (LECN) 1171/2018**, en los que aparece como parte apelante-demandada, BANTIERRA, representada por la Procuradora de los tribunales, [REDACTED] y asistido por el Letrado [REDACTED]; y como parte apelada-demandante, [REDACTED] representada por el Procurador de los tribunales, Sr. PEDRO LUIS BAÑERES TRUEBA y asistido por el Letrado D RAFAEL LÓPEZ GARBAYO; siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. SR ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER

ANTECEDENTES DE HECHO

Firmado por:
ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER,
ALFONSO M^a MARTÍNEZ ARESO,
JUAN CARLOS FERNANDEZ LLORENTE

Fecha y hora: 13/12/2018 09:31

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección verificación: <https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación 5029737005-18eeb8525223ee747e97b7c47942e3cbgV/YAA==



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:
ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER,
ALFONSO M^a MARTÍNEZ ARESO,
JUAN CARLOS FERNÁNDEZ LLORENTE

Fecha y hora: 13/12/2018 09:31

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección verificación: <https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación 5029737005-18eeb852523ee747e97b7c47942e3cbgVkyAA==

PRIMERO.- Se aceptan los de la **sentencia** apelada de fecha 25 de septiembre de 2018, cuyo FALLO es del tenor literal:

"Que estimando la demanda presentada:

1.- Se declara la nulidad de la cláusula que establece una comisión de apertura del 1 por ciento a cargo de la prestataria, del préstamo hipotecario suscrito entre las partes.

2.- Se condena a la entidad demandada a abonar a la parte actora 640 euros más los intereses legales desde la fecha del pago.

3.- Con imposición de costas procesales a la entidad demandada."

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada y dado traslado a la parte contraria, se opuso, elevándose los autos a esta Sala donde se registraron al n° de rollo arriba indicado, señalándose día para deliberación, votación y fallo el 30 de noviembre de 2018.

TERCERO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia recurrida, y

PRIMERO.- La parte actora solicita la declaración de nulidad de la Condición General identificada como "Comisión de Apertura" del préstamo hipotecario que le concedió la entidad demandada.

A ello se opuso ésta, la prestamista, alegó información y negociación y contenido de reciprocidad, no abusiva ni desproporcionada y correspondiente a servicios efectivamente prestados. Estudios previos a la concesión del préstamo.



Firmado por:
ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER,
ALFONSO M^a MARTINEZ ARESO,
JUAN CARLOS FERNANDEZ LLORENTE

Fecha y hora: 13/12/2018 09:31

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección verificación: <https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación 5029737005-18eeb8525223ee747e97b7c47942e3cbgVYAA==

SEGUNDO.- Estima la sentencia íntegramente la demanda. Y recurre la demandada. Reitera los argumentos de la contestación y añade la inexistencia de prueba respecto al pago de la cantidad reclamada.

TERCERO.- Como bien argumenta la sentencia apelada, no consta información individualizada ni explicaciones al respecto. Y la carga de la prueba le correspondía al profesional que realiza la oferta.

La firma de una oferta vinculante llena de datos no supone necesariamente ni la comprensión del contenido intrínseco de aquellos ni empece o enerva per se la desproporción. Concepto que está en la raíz de la posible nulidad. En atención a la asimetría de medios y capacidades entre el profesional oferente y el consumidor adherente.

CUARTO.- Centrada así la cuestión, como también recoge la sentencia apelada, este tribunal se ha expresado al respecto.

COMISION DE APERTURA.- Para determinar si es o no abusiva la cláusula de comisión de apertura, es preciso partir de una serie de presupuestos.

En primer lugar, que su análisis ha de hacerse desde la óptica de la abusividad que se basa en la causación de un importante desequilibrio en perjuicio del consumidor.

En segundo lugar, la normativa sectorial relativa a comisiones bancarias exige que respondan a "servicios efectivamente prestados" y que dichos servicios hayan sido aceptados o solicitados por el cliente (art. 87-5 TRLGDCU; OEHA/ 12-12-1989; Circular del Banco de España 8/1990, de 7-septiembre; OEHA/1608/2010, de 14 de junio; OEHA 2899/2011, de 28 de octubre y Circular del Banco de España 5/2012 de 27 de junio. Todo ello bajo el amparo de la Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito).

Por tanto, no están prohibidas de forma general. De hecho, a ellas se refiere la Directiva 2014/17/UE del Parlamento y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, relativa a contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

Firmado por:
ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER,
ALFONSO M^a MARTÍNEZ ARESO,
JUAN CARLOS FERNÁNDEZ LLORENTE

Fecha y hora: 13/12/2018 09:31

En tercer lugar, no podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente (Norma Tercera de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre). Evitándose así cargos genéricos de difícil o imposible comprobación y que sumirían al cliente en la imposibilidad de contradicción, defensa o negación de una imposición "oscura" por indeterminada y prácticamente indeterminable.

QUINTO- Que el Banco de España reconozca y distinga entre "Comisión de estudio" y "Comisión de apertura" para remunerar a la entidad bancaria de gestiones y análisis para verificar la solvencia y los términos de la operación solicitada, así como los trámites, formalidades y puesta a disposición del cliente de los fondos prestados, no significa que esa aceptación dogmática se convierta en eficacia jurídica y práctica sin más.

En efecto, como afirma la doctrina jurisprudencial mayoritaria, el hecho de que la entidad prestamista investigue el riesgo del cliente o asuma determinados gastos para averiguar su solvencia, no exceden de las actividades propias de toda la actividad bancaria; son actividades internas de la entidad que por sí mismas no proporcionan servicio alguno al cliente. Están en la dinámica del propio negocio bancario que no se explica bien que haya de ser retribuido al margen y además de las propias condiciones financieras del préstamo (intereses). Hablar de gastos inherentes a la "actividad de la empresa", los hace aún más evanescentes.

Sobre todo cuando se cobra un porcentaje sobre el capital del préstamo lo que aleja aún más dicha comisión del exigible equilibrio prestacional y de su ineludible obligación de proporcionalidad (Ss. A.P. Pontevedra, secc. 1^a 599/17, 18-12, Baleares, secc. 5^a 377/17, 14-12 y Asturias secc 6^a, 411/17, 15-12).

Por todo lo cual, procede concluir la nulidad de dicha Condición General.



SEXTO.- La alegación de falta de pago de la cuantía reclamada es un argumento nuevo, en fase de apelación, lo que supone su rechazo, por obvias razones de indefensión, por ausencia de la exigible contradicción.

En todo caso, bastaría aplicar la presunción judicial (ex art. 386 LEC), para inferir la realidad de su pago. Pues no consta reclamación alguna de la prestamista desde el ya lejano 2010, fecha del préstamo.

SEPTIMO.- Desestimando el recurso, procederá la condena en costas de la apelante (art. 298 LEC).

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

F A L L O

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de Bantierra, debemos confirmar la sentencia apelada. Con condena en costas a la parte apelante.

Dese al depósito el destino legal.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación por interés casacional, y extraordinario por infracción procesal, si es interpuesto conjuntamente con aquél ante esta Sala en plazo de veinte días, del que conocerá el Tribunal competente, debiendo el recurrente al presentar el escrito de interposición acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros para cada recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (nº 4887) en la Sucursal 8005 de BANCO DE SANTANDER, debiendo indicar en el recuadro Concepto en que se realiza: 04 Civil-Extraordinario por infracción procesal y 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no serán admitidos a trámite.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá
testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Firmado por:
ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER,
ALFONSO M^a MARTÍNEZ ARESO,
JUAN CARLOS FERNANDEZ LLORENTE

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección verificación: <https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

Código Seguro de Verificación 5029737005-18eeb8525223ee747e97b7c47942e3cbgVKYAA==

Fecha y hora: 13/12/2018 09:31