



Roj: **SAP OU 324/2015 - ECLI: ES:APOU:2015:324**

Id Cendoj: **32054370012015100166**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **18/05/2015**

Nº de Recurso: **272/2014**

Nº de Resolución: **172/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSEFA OTERO SEIVANE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OURENSE

SENTENCIA: 00172/2015

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Señoras, doña Ángela Domínguez Viguera Fernández, Presidenta, doña Josefa Otero Seivane y doña María José González Movilla, Magistradas, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

S E N T E N C I A NÚM.172

En la ciudad de Ourense a dieciocho de mayo de dos mil quince.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, en autos de Juicio Ordinario procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ourense, seguidos con el n.º 590/13, Rollo de Apelación núm. 272/14, entre partes, como apelante NCG BANCO, S.A representado por la Procuradora D.ª Marta Ortiz Fuentes, bajo la dirección de la Letrada Dña. María Victoria Fernández Corral y, como apelado, Dña. Mónica , representada por el procurador D. Enrique Tovar López-Cuevillas, bajo la dirección del Letrado D. Roberto Estévez Domínguez

Es ponente la Ilma. Sra. D.ª Josefa Otero Seivane.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 19 de marzo de 2014 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Tovar López Cuevillas, en nombre y representación de Doña. Mónica , asistida por el letrado Sr. Vázquez Gómez contra NCG BANCO, S.A., declaro la abusividad de las siguientes cláusulas:

-cuarta la parte relativa a comisión por modificación contractual. "

-quinta relativa a los gastos procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago, incluso honorarios de letrado y derechos y suplidos del procurador, aunque no fuere preceptiva su intervención.

-sexta bis, resolución anticipada por arrendamiento de la finca,

-undécima, cesión del crédito hipotecario.

A la vista de lo anterior procede continuar con la ejecución hipotecaria nº 426/12 que se tramita ante este Juzgado, efectuándose nueva liquidación si los intereses de demora hubieren generado a su vez nuevos



intereses procediéndose conforme dispone el Fundamento de Derecho Sexto in fine, sin aplicación de las cláusulas declaradas abusivas.

No procede hacer expresa imposición de las costas.

Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación de NCG BANCO SA recurso de apelación en ambos efectos, y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

Tercero.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda rectora se pide la nulidad por abusivas de determinadas cláusulas insertas en la escritura de préstamo hipotecario suscrita con fecha 17 de marzo de 2009 por la actora y su esposo en condición de prestatarios y la entidad Caja de ahorros de Galicia, hoy NCG Banco SA, como prestamista, siendo el importe del préstamo de 208.000 euros. el pronunciamiento desestimatorio de la sentencia apelada en relación con dos de dichas cláusulas, sobre comisión por apertura y reclamación de posiciones deudoras, es recurrido por la parte actora insistiendo en el carácter abusivo de ambas.

El juzgador de instancia las considera condiciones generales de la contratación, calificación de la que debe partirse por ajustada a derecho (artículo 1 de la ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación) y porque, de lo contrario, se incurriría en una "reformativo in peius" vedada por el artículo 465.5 "in fine" LEC ("la resolución no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado"). Partiendo de esa calificación y de la condición de consumidores de los prestatarios resulta de aplicación el artículo 8.2 de la 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones general de la contratación a cuyo tenor "serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, hoy artículo 82.1 del texto refundido de la ley general de consumidores y usuarios aprobada por Real Decreto legislativo 1/2007 de 16 de noviembre conforme al cual "se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. El apartado 4 del mismo precepto considera abusivas, en todo caso, las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: Vinculen el contrato a la voluntad del empresario (letra a) o determinen la falta de reciprocidad en el contrato (letra c). Entre ellas, por vincular el contrato a la voluntad del empresario, "las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones" (artículo 85.6); y, por falta de reciprocidad, las estipulaciones que prevean el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva (artículo 87.5).

Al tiempo de concertarse el préstamo litigioso no se hallaba en vigor la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, citada en la sentencia apelada. Lo estaban las, derogadas por aquella, orden de 5 de mayo de 1994 de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y la por ella complementada, orden de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito. La orden de 5 de mayo de 2014 en anexo II sobre cláusulas financieras de los contratos de préstamo hipotecario sujetos a ella, como es el que nos ocupa (artículo 1 sobre su ámbito de aplicación) incluye como cláusula 4ª.1 la comisión de apertura indicando "cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, deberán obligatoriamente integrarse en una única comisión que se denominará comisión de apertura y se devengará por una sola vez". La misma cláusula 4ª en su apartado 2 admite, entre otras, las comisiones que habiendo sido comunicadas al Banco de España "respondan a la prestación de un servicio específico por la entidad distinto a la mera administración ordinaria del préstamo" y los gastos mencionados en la cláusula 5ª entre ellos (letra h) cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la entidad de crédito dirigida a la concesión o administración del préstamo". Incide en la necesaria contraprestación o correlación gasto-servicio la orden de 12 de diciembre de 1989 al señalar en su apartado quinto: "en ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos"



SEGUNDO.- Sobre la base anterior han de ser analizadas las cláusulas discutidas. La de comisión de apertura dice "la operación devengará en favor de la caja, en concepto de comisión de apertura, el uno coma quince por ciento sobre el capital del préstamo, o la cantidad superior establecida como comisión mínima. Su importe, que asciende a dos mil trescientos noventa y dos euros, se adeuda en la cuenta de una sola vez en esta misma fecha". La cláusula no puede sino considerarse abusiva en atención a la normativa precedentemente expuesta, por falta de reciprocidad, dado que se fija la comisión mediante un porcentaje en relación con el importe total del préstamo, sin que conste causa para su devengo. Nótese que la entidad demandada se limita a indicar en la contestación que responde a un servicio, pero no concreta cual sea éste de entre todos los autorizados para la comisión de apertura por la orden precitada de 5 de mayo de 2014, incumbiendo la prueba sobre el particular a la entidad bancaria como profesional (en idéntico sentido sentencias de la AP de Madrid de AP Madrid de 12 de febrero de 2015 y de Tenerife de 29 de noviembre de 2013) .

La comisión por posiciones deudoras es del siguiente tenor: "por reclamación de posiciones deudoras vencidas (amortizaciones, intereses, comisiones), una comisión de treinta euros por cada situación referenciada, liquidable y pagadera a su cancelación, además de cualquier gasto externo que pueda existir debidamente justificado". Si partimos de la necesidad de que las comisiones respondan a servicios realmente prestados, cuyo coste variará en función del tipo de servicio o gastos derivados del mismo, no cabe establecer una cantidad fija y menos añadir cualquier otro gasto externo que pudiera existir, incurriendo en una duplicidad inadmisibles por el mismo concepto, situación que comporta el carácter abusivo tanto por la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta como por la fijación de cantidad por servicios no efectivamente prestados o que no cabe considerar ajenos a la mera administración del préstamo en lo que a la cantidad fija se refiere.

En atención a lo razonado procede la admisión del recurso en virtud de lo dispuesto en el artículo 83 del texto refundido de la ley de consumidores y usuarios.

TERCERO.- Al estimarse el recurso no ha lugar a expresa condena respecto a las costas de la alzada (artículo 398 LEC) y procede la devolución del depósito constituido para apelar (disposición adicional 15ª LOPJ).

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

FALLO:

Ha lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de NCG BANCO SA contra la sentencia, de fecha 19 de marzo de 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ourense , en autos de Juicio Ordinario nº 590/13, rollo de Sala 272/14, resolución que se modifica en el único sentido de declarar la nulidad, por abusivas, de las cláusulas de comisión de apertura y de reclamación por posiciones deudoras, incluidas en el contrato de préstamo hipotecario que liga a las partes, sin expresa declaración respecto a las costas de la alzada.

Se decreta la devolución del depósito constituido para apelar.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas optar, en su caso, por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal y casación por interés casacional, dentro de los veinte días siguientes al de su **no** tificación ante esta Audiencia Provincial.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.