



Roj: **SAP B 639/2019 - ECLI: ES:APB:2019:639**

Id Cendoj: **08019370152019100145**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **31/01/2019**

Nº de Recurso: **1204/2017**

Nº de Resolución: **128/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANNA ESTHER QUERAL CARBONELL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0808942120170039919

Recurso de apelación 1204/2017 -3

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Gavà

Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 115/2017

Parte recurrente/Solicitante: Anselmo

Procurador/a: Fernando Bertran Santamaria

Abogado/a:

Parte recurrida: BBVA S.A.

Procurador/a: IGNACIO DE ANZIZU PIGEM

Abogado/a:

Cuestiones: Condiciones generales de la contratación. Cláusula sobre lugar de pago del préstamo hipotecario. Práctica abusiva.

SENTENCIA núm. 128/2019

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

Anna Esther Queral Carbonell

Barcelona, a treinta y uno de enero de dos mil diecinueve.

Parte apelante: Anselmo .

Letrado:

Procurador: Jorge Martínez del Toro.



Parte apelada: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

Letrado: Óscar Carod Segarra.

Procurador: Ignacio de Anzizu Pigem.

Resolución recurrida: sentencia.

Fecha: 3 de octubre de 2017.

Parte demandante: Anselmo .

Parte demandada: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El tenor literal de la Sentencia apelada es el siguiente: FALLO:

"Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO PLENAMENTE la demanda interpuesta por DON Anselmo contra BBVA S.A., sobre nulidad y reclamación de cantidad, absolviendo a BBVA S.A. de las pretensiones contra el mismo deducidas en el presente proceso, condenando a DON Anselmo al pago de las costas procesales".

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 9 de enero de 2019.

Ponente: magistrada Anna Esther Queral Carbonell.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO . Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.

1. El demandante ejercitó una acción de nulidad de la cláusula sobre el lugar de pago de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario en el que se subrogó el 2 de febrero de 2001, por imponer que dicho pago se tenga que hacer en una cuenta de la entidad prestamista, de forma que se le permita designar una cuenta en cualquier otra entidad bancaria para llevar a cabo dicho pago. Fundamenta su pretensión en el uso o práctica abusiva que el banco realiza al cobrar indebidamente, cada seis meses, comisiones indebidas, al tratarse de una cuenta instrumental únicamente abierta para el pago del préstamo hipotecario. También solicita una indemnización de daños y perjuicios a determinar.

2. La entidad BBVA, S.A. no contestó a la demanda, si bien compareció posteriormente y asistió al acto de la audiencia previa.

3. Tras los trámites correspondientes, el juzgado dictó sentencia desestimando la demanda, por no haber acreditado la parte demandante la meramente alegada subrogación en el préstamo hipotecario otorgado por Caixa Tarragona, así como tampoco la absorción de la entidad de crédito por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

4. La sentencia es recurrida por el demandante que defiende que la subrogación no ha sido negada por la parte demandada y que es un hecho notorio la fusión de cajas y absorción, en este caso, por la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. Insiste en la práctica o uso abusivo que la parte demandada realiza de la cláusula sobre el lugar de pago del préstamo hipotecario al cobrarle reiteradamente comisiones indebidas.

5. La parte demandada se opone al recurso y solicita la confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO. La subrogación en el préstamo hipotecario y la legitimación de la entidad demandada.

6. No se alcanza a comprender la conclusión de la sentencia apelada sobre la falta de prueba por parte del demandante respecto de la subrogación en el préstamo hipotecario con Caixa Tarragona y la fusión de cajas y posterior absorción por la entidad demandada, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

7. Si bien es cierto que la parte demandante únicamente aporta la escritura pública originaria de 17 de septiembre de 1998, entre la sociedad Prociutat S.A. y la financiera Caixa Tarragona, y no el documento de subrogación del demandante de 2 de febrero de 2001, ello no impide considerar que la subrogación resulta acreditada.

8. En primer lugar, en el documento 5 de la demanda, la entidad Catalunya Caixa da respuesta a la reclamación que le dirige el demandante para que no le cargue comisiones en la cuenta de pago del préstamo



hipotecario, reconociendo que efectivamente no procede cargar comisiones de mantenimiento en cuentas utilizadas exclusivamente para dar servicio a un préstamo hipotecario, por lo que, una vez efectuadas las comprobaciones correspondientes, hace constar que se han cursado las correspondientes indicaciones para proceder a la devolución de dichas comisiones.

9. En segundo lugar, si bien la demandada, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., no compareció para contestar a la demanda, sí que lo hizo posteriormente y asistió al acto de la audiencia previa. En esta, la misma demandada reconoce que se han venido cargando las comisiones que denuncia el demandante en la cuenta utilizada para el pago del préstamo hipotecario, porque con la fusión de Catalunya Caixa con BBVA S.A. la alarma de retrocesión se eliminó, y que no son debidas al ser aquella una cuenta instrumental para dar cumplimiento a dicho préstamo, por lo que indica que no se cobrará ninguna otra. Asimismo hace suya la prueba documental que aporta el demandante, en la que se incluye el mencionado documento 5 de la demanda que emitió la entidad Catalunya Caixa, posteriormente BBVA, S.A. Y, a preguntas de la juez, la misma demandada indica el número de cláusula que el demandante impugna.

10. Finalmente, al fijar el objeto del debate, no se establecieron como hechos controvertidos ni la invocada subrogación del demandante en el préstamo hipotecario de 1998 ni la fusión y absorción de cajas, por la que Caixa Tarragona pasó a ser Catalunya Caixa y esta a quedar absorbida por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. Únicamente se delimitó como objeto del debate la cuestión jurídica sobre si la cláusula impugnada sobre el lugar del pago del préstamo hipotecario era o no abusiva, sin admitirse más prueba que la documental.

11. Las alegaciones de la audiencia previa y muy especialmente la fijación del objeto litigioso no puede ignorarse posteriormente al dictar la correspondiente sentencia, como ha hecho en este caso la resolución recurrida, que imputa a la parte actora falta de prueba de hechos que no se fijaron como controvertidos, sino que, bien al contrario, la parte demandada reconoció expresamente, pues asumió el cobro indebido de comisiones en relación con el préstamo hipotecario invocado en la demanda, reconociendo así la relación contractual con el demandante, sin negar tampoco, como no podía ser de otra manera, al resultar notoria, la operación de fusión y absorción de cajas.

12. En consecuencia, las razones por las que la sentencia desestima la demanda sin entrar a resolver el fondo del asunto, resultan inadmisibles.

TERCERO. Cláusula sobre domiciliación del pago de las cuotas de amortización en una cuenta de la entidad prestamista. Valoración del tribunal.

13. El demandante impugna la cláusula sobre el lugar del pago de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario, que impone que sea en una cuenta de la entidad prestamista, por el uso o práctica abusiva que de ella realiza la parte demandada al cobrar semestralmente comisiones de mantenimiento indebidas al ser una cuenta instrumental para dicho pago. En la demanda sostiene que no tuvo ningún problema con dicha cláusula ni su aplicación cuando la prestamista era Caixa Tarragona, si bien los problemas surgieron con la entidad demandada, que, a pesar de las reclamaciones recibidas y la retrocesión del cobro indebido de comisiones ordenada, sigue incomprensiblemente cargándolas. Sostiene expresamente también la demanda que " *en un principio, la condición de tener una cuenta abierta en la entidad que concede la hipoteca; pareciera no revestir la condición de abusiva*" y defiende que son las actuaciones de la parte demandada las que la hacen devenir abusiva, causando indefensión al demandante y daños y perjuicios.

En la audiencia previa, la defensa del demandante reconoce que la cláusula en sí no es abusiva sino el uso que de ella hace la parte demandada.

14. Pues bien, centrados los términos del debate, la cláusula impugnada, condición no financiera primera, sobre "lugar de pago", indica que " *será domicilio para cualquier clase de pago el de CAIXA TARRAGONA en cualquiera de sus oficinas*".

No hay duda de que se trata de una condición general de la contratación en los términos del artículo 1 LCGC, según el cual " *1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*".

El art. 8.2 de la LCGC señala: " *en particular, 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 LDCU art. 8.2 art.10 bis LDCU art. 10 y Disposición Adicional Primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio LDCU art. DA 1, General para la Defensa de los Consumidores y Usuario*".



15. Ahora bien, como reconoce la propia demandante no se trata de que la cláusula en sí misma sea abusiva, sino del uso o práctica que de la misma hace el banco demandado, pues en la cuenta abierta para pagar el préstamo hipotecario se cargan al consumidor comisiones de mantenimiento indebidas, al ser una cuenta instrumental para dicha finalidad. En este sentido lo reconoce la propia prestamista en el documento 5 de la demanda y en el certificado del Banco España aportado de documento 4 de la demanda; documentos que la parte demandada hace suyos en la audiencia previa. Asimismo la entidad demandada ha reconocido, en dicho acto procesal, que se han cobrado de forma indebida las comisiones a que hace referencia el demandante, si bien se han venido devolviendo.

16. Si bien por la fecha del contrato, 1998 y subrogación en 2001, resultaría de aplicación la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la práctica abusiva que efectivamente se lleva a cabo se produce estando en vigor el artículo 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias que establece: "**Concepto de cláusulas abusivas.** 1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas 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".

En consecuencia no cabe declarar la nulidad de la cláusula impugnada por no ser abusiva en sí misma, sino la de la práctica abusiva que la parte demandada realiza con el cobro indebido de comisiones en relación con la cuenta que constituye el lugar del pago del préstamo hipotecario. Es su reconocido carácter indebido, lo que la convierte en abusiva, por no corresponderse con ningún servicio prestado. Ello debe conllevar el cese de dicha práctica, tal y como se solicita por el demandante, si bien no cabe estimar que pueda abrir una cuenta en cualquier otra entidad de crédito desde la que pagar el préstamo hipotecario a la parte demandada, pues ello derivaría de la nulidad de la cláusula, que no se considera nula en sí misma y seguirá vigente.

17. En cuanto a la pretensión de indemnización de daños y perjuicios, entendemos que se solicita una compensación por los evidentes daños morales que ha debido sufrir el demandante al tener que ir reclamando, de forma reiterada, la devolución de las comisiones indebidamente cobradas. En la medida de que se trata de cuantificar un daño moral, para lo que no existen parámetros de valoración objetivos, una vez acreditado el daño, como es el caso, consideramos suficiente la mera petición y acreditación de su concurrencia para que sea el tribunal quien fije su importe, tal y como ha solicitado el demandante. Estimamos que 500 euros supone una indemnización razonable por el daño moral sufrido.

CUARTO. Costas procesales de la instancia.

18. La estimación parcial del recurso del demandante supone la estimación parcial de la demanda y, en consecuencia, la no imposición de costas procesales, de conformidad con el artículo 394.2 LEC .

QUINTO. Costas procesales del recurso.

19. Al estimarse en parte el recurso, no procede imponer las costas de esta alzada al recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 LEC , razón por la que es procedente ordenar la devolución del depósito constituido al recurrir.

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por Anselmo , contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Gavá de 3 de octubre de 2017 , que revocamos. En su lugar, declaramos abusiva la práctica o uso de la cláusula impugnada que lleva a cabo la parte demandada, al cobrar comisiones indebidas, de forma reiterada, en relación con la cuenta que constituye el lugar de pago del préstamo hipotecario, por lo que deberá cesar en dicha práctica abusiva y abonar al demandante 500 euros en concepto de indemnización del daño moral causado, sin imposición de costas de la instancia.

No se imponen las costas procesales del recurso y se ordena la devolución del depósito constituido al recurrir.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.