

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 2  
BADAJOZ**

SENTENCIA: 00043/2022

Modelo: N10250  
AVDA. COLÓN N° 8, 2ª PLANTA

-

**Teléfono:** 924284238-924284241 **Fax:** FAX 924284275  
**Correo electrónico:** audiencia.s2.badajoz@justicia.es

Equipo/usuario: 04

**N.I.G.** [REDACTED]  
**ROLLO:** RPL RECURSO DE APELACION (LECN) [REDACTED] /2021  
**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de MERIDA  
**Procedimiento de origen:** OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0001031 /2018

Recurrente: [REDACTED]  
Procurador: [REDACTED]  
Abogado: AZAHARA POZO GOMEZ  
Recurrido: IBERCAJA BANCO, S.A.  
Procurador: [REDACTED]  
Abogado: [REDACTED]

**S E N T E N C I A N° 43/2022**

*Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:*

**D. LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA**  
**D. FERNANDO PAUMARD COLLADO**  
**D. MATÍAS MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA (Ponente)**

*En BADAJOZ, a veintiuno de enero de dos mil veintidós*

*VISTO en grado de apelación ante esta Sección 002, de la Audiencia Provincial de BADAJOZ, los Autos de ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 [REDACTED] /2018, procedentes del JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de MERIDA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) [REDACTED] /2021, en los que aparece como parte apelante, [REDACTED], representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. [REDACTED], asistido por el Abogado D. AZAHARA POZO GOMEZ, y como parte apelada, IBERCAJA BANCO, S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. [REDACTED], asistido por el Abogado [REDACTED], sobre,*

siendo el Magistrado/a Ponente el/la Ilmo./Ilma. D./D<sup>a</sup> MATIAS MADRIGAL MARTINEZ PEREDA.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de MERIDA, se dictó sentencia con fecha 3-10-20, en el procedimiento ORDINARIO DE CONTRATACION [REDACTED]/18 del que dimana este recurso.

**SEGUNDO.-** La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento:

“Que estimando en parte la demanda formulada por D. [REDACTED] contra IBERCAJA BANCO, S.A, **debo declarar y declaro:**

- 1.- La nulidad de la cláusula sobre comisión de apertura contenida en la escritura pública de préstamo hipotecario de fecha 7 de diciembre de 2011.
- 2.- La nulidad de la cláusula sobre gastos a cargo de la parte prestataria de la citada escritura.
- 3.- La condena de la demandada a abonar al actor la cantidad de 865,31 euros por los gastos, más los intereses legales desde la fecha de pago hasta la fecha de esta sentencia. Desde entonces se aplicarán los intereses procesales.
- 4.- Las costas se imponen a la demandada”.

**TERCERO.-** Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, que fue seguido por sus trámites.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

**PRIMERO.** Se alza la actora prestataria frente a la sentencia que, entre otros pronunciamientos no afectantes al objeto de esta alzada, declara la nulidad de la cláusula sobre comisión de apertura contenida en la escritura pública de préstamo hipotecario de fecha 7 de diciembre de 2011, que vincula a las partes.

Pese a dicha declaración de nulidad no estima procedente la restitución de la cantidad abonada en tal concepto por no aportar justificante del pago de la misma. Este hecho es el que ha motivado la interposición del presente por parte del prestatario actor. Al respecto, y por toda argumentación, la sentencia impugnada recoge: “En cuanto a la cantidad de devolver, la entidad financiera alega que el actor no ha acreditado su pago. Efectivamente, la prueba del pago de la cantidad reclamada por este concepto corresponde al prestatario, art. 217 de la LEC, por lo que no puede ser estimada la acción resarcitoria”.

*El recurso necesariamente ha de prosperar.*

*Ciertamente, estima la Sala que, a los efectos de cumplir con la respectiva carga en la regla del onus probandi, no será estrictamente necesaria, la aportación de factura justificativa del pago de la comisión de apertura por aparecer la misma en la escritura pública, el correspondiente efecto y consecuencias del principio de veracidad notarial; y ser su abono, un requisito necesario para su formalización.*

*Dicho documento público, no impugnado por la demandada, resulta ser prueba plena.*

*De otra parte, a diferencia con lo que ocurre en los gastos de formalización de hipoteca, en la comisión de apertura es el propio banco quien realiza el cobro. La imposición de la cláusula de gastos de formalización de hipoteca suponen que el cliente tenga que pagar una serie de facturas a terceros no intervinientes en el contrato y es por ese motivo por el que hay que acompañar las facturas para justificar que efectivamente se pagaron y cuál fue su importe. Por el contrario, la comisión de apertura aparece reflejada en la escritura, tanto su importe como su forma de pago y es la propia entidad quien la cobra directamente de la cuenta del cliente, bastando para ello la firma del contrato en sede notarial.*

**SEGUNDO.-** *Esta Sala, ha efectuado pronunciamientos en similares asuntos, y al respecto de pagos gestionados a través de gestoría incorporados a la Escritura Pública. Así, en Recurso civil número 981/2019; sentencia de tres de noviembre de dos mil veinte (Ponente Sr. Hernandez Díaz-Ambrona); señalábamos:*

*“.....Se dice que el único documento con el que la parte actora pretende acreditar el abono de los gastos de notaría y registro que reclama, es la factura de gestoría que, precisamente, no puede justificar el pago de estos gastos. Se insiste en que tal documento no detalla el concepto, desglose, fecha de pago, emisor, receptor de la factura y firma o sello del notario y registrador. Para la recurrente, la parte actora no acredita fehacientemente el abono de este gasto.*

*Don Francisco responde que la parte demandada no impugnó la prueba aportada por su parte, ni en el escrito de contestación a la demanda, ni en la vista de audiencia previa. Este motivo tampoco prospera.*

*No hay error en la valoración de las pruebas. En efecto, con su demanda, don Francisco aportó el documento número 3 que es una factura que da cuenta, entre otros, de los gastos de registro y notaría. Para la demostración de los conceptos abonados, no es requisito imprescindible que el recibo o la factura deba ser expedida por determinada persona. Es por completo corriente que, para los distintos pagos, se contraten los servicios de una gestoría y que, por medio de ella, queden justificados los correspondientes abonos.....”*

*Es por todo ello que, acreditados tales abonos, se está en el caso de estimar el recurso interpuesto*

**TERCERO.-** *La estimación del recurso de apelación deducido por la parte actora lleva consigo la no imposición de las costas causadas en la alzada según como prevé el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la devolución del depósito constituido para recurrir.*

*Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,*

### **FALLAMOS**

*Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. [REDACTED] [REDACTED] frente a la sentencia Nº 755/2020 dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Mérida, de fecha 3 de octubre de 2020, en el Juicio Ordinario Nº [REDACTED]/18, **Rollo de Sala Nº [REDACTED]/21**, y en tal sentido, revocamos dicha resolución en el sentido de añadir al fallo la condena a la entidad demandada IBERCAJA BANCO, S.A. a restituir al actor la cantidad de MIL CIENTO CUARENTA EUROS (1.140,00 €) en concepto de cantidades abonadas en relación con la cláusula de comisión de apertura.*

*Sin expresa imposición de las costas causadas en la alzada. Procédase a la devolución del depósito constituido para recurrir.*

*Contra esta sentencia podrán las partes legitimadas interponer recurso extraordinario por infracción procesal, en los casos del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; o el recurso de casación, en los del artículo 477. El recurso se interpondrá ante este Tribunal en el plazo de 20 días desde el siguiente a su notificación, y será resuelto por la Sala Civil del Tribunal Supremo, conforme a la Disposición Final decimosexta.*

*Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.*

*Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilmos Srs magistrados al margen reseñados. “**D. Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona; D. Fernando Paumard Collado y D. Matias Madrigal Martínez-Pereda**”.- Rubricados.*

*E/*



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.