



**AUD. PROVINCIAL SECCION CUARTA  
OVIEDO**

NOTIFICADO LEXNET

PROCURADORA

22 DE NOVIEMBRE DE 2021

SENTENCIA: 00425/2021

Modelo: N10250  
C/ CONCEPCIÓN ARENAL N° 3 - 3  
Teléfono: 985968737 Fax: 985968740  
Correo electrónico:  
Equipo/usuario: CRR  
N.I.G. 33044 42 1 2020 0010575  
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000 /2021  
Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.5 de OVIEDO  
Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000 /2020

Recurrente: [REDACTED]  
Procurador: CLARA MARIA CORPAS RODRIGUEZ  
Abogado: JOSE ENRIQUE CARRERO-BLANCO MARTINEZ-HOMBRE  
Recurrido: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.  
Procurador: [REDACTED]  
Abogado: [REDACTED]

Número: 425

En la ciudad de Oviedo (Asturias), a diecisiete de  
Noviembre del año dos mil veintiuno.

La Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de  
Asturias, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente,  
Don Javier Alonso Alonso y Don José Manuel Raposo Fernández,  
Magistrados, ha pronunciado la siguiente

**S E N T E N C I A**

En el recurso de apelación número 498/21, en autos de  
juicio ordinario n° 791/20, procedentes del Juzgado de Primera  
Instancia n° 5 de Oviedo, promovido por DON [REDACTED]  
[REDACTED], demandado y desconveniente en primera instancia,  
contra "B.B.V.A., S.A.", entidad demandante y reconvenida en  
primera instancia, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don  
José Manuel Raposo Fernández.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- Por el Juzgado de Primera Instancia n° 5 de  
Oviedo se dictó sentencia con fecha doce de Julio de dos mil



Firmado por: JOSE MANUEL RAPOSO  
FERNANDEZ  
18/11/2021 08:03  
Minerva

Firmado por: FCO. ARTURO TUERO  
ALLER  
18/11/2021 13:09  
Minerva

Firmado por: JAVIER ALONSO ALONSO  
19/11/2021 08:44  
Minerva



veintiuno, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimo parcialmente la demanda interpuesta por "BBVA, S.A." contra [REDACTED] y condeno a éste a pagar a la demandante la cantidad de 22.149'31 €. Que estimo parcialmente la demanda reconvenicional interpuesta por [REDACTED] frente a "BBVA, S.A." y declaro la nulidad por abusiva de la cláusula de reclamación de posiciones deudoras y de gastos por el cumplimiento, comunicación o terminación de las obligaciones de este contrato, y los gastos de la primera copia autorizada o testimonio notarial de la póliza que "BBVA" solicite para iniciar, en su caso, el procedimiento [REDACTED] debiendo "BBVA, S.A." restituir a [REDACTED] las cantidades cobradas por aplicación de dichas cláusulas abusivas durante la vida del contrato, con el interés legal desde la fecha de cada cobro, debiendo la cantidad determinarse en ejecución de sentencia de no hacerse de manera voluntaria por las partes. Sin imposición de costas a ninguna de las partes, ni respecto de la demanda ni respecto de la demanda reconvenicional".

**SEGUNDO.**- Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandada y reconviniendo recurso de apelación, del cual se dio el preceptivo traslado. Remitidos los autos a esta Audiencia Provincial, se sustanció el recurso, señalándose para la deliberación y fallo el día dieciséis de Noviembre del año dos mil veintiuno.

**TERCERO.**- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.**- La demanda relata que el día 26.1.18 el Banco concertó con don [REDACTED] un préstamo personal bonificado por importe de [REDACTED] € con vencimiento previsto para el día 31.1.26, que ante el incumplimiento del prestatario desde el mes de Enero de 2020, acumulando el impago de siete cuotas, la entidad dio por vencido el préstamo el día 10.7.20 al amparo de la cláusula de vencimiento anticipado, resultando un saldo deudor de 22.179'31 €, suma que incluye las cuotas impagadas, el resto de capital no amortizado a la fecha de cierre de la cuenta y los intereses moratorios al tipo nominal más dos puntos, y que se reclamó lo debido sin resultado. Prosigue con los fundamentos de derecho y termina suplicando sentencia en la que se condene el demandado a pagar al Banco la suma de 22.179'31 €, más otros 6.452'30 € en concepto de costas e intereses presupuestados sin perjuicio de ulterior tasación y



liquidación, todo ello con imposición de costas. En la audiencia previa la parte actora corrigió el suplico de la demanda reclamando exclusivamente la suma de 22.179'31 €, más intereses y las costas. Una vez emplazado, el demandado formuló contestación y se opuso alegando, en síntesis, que no tiene legitimación para soportar la demanda porque no existe prueba de que haya firmado el contrato, ni de que el dinero haya sido ingresado en su cuenta ni de que haya dispuesto de la cantidad que se dice, negando que se haya notificado la deuda. Añade que no se ha presentado el extracto completo con todos los movimientos del préstamo, omitiendo los de 2018 y 2019. Continuó alegando en derecho y concluyó solicitando el acogimiento de la excepción de la falta de legitimación pasiva, con desestimación de la demanda, o, subsidiariamente, la condena a abono de las cuotas impagadas, pero con descuento de la comisión de apertura y de la comisión de posiciones deudoras; todo ello con costas para la parte contraria.

**SEGUNDO.-** Al mismo tiempo formuló reconvención esgrimiendo don [REDACTED] su condición de consumidor, la ausencia de negociación e información, y la nulidad por abusivas de la comisión de apertura, los gastos de reclamación de posiciones deudoras, la cláusula de gastos y la cláusula de vencimiento anticipado. Continuó argumentando en derecho y finalizó solicitando sentencia en la que se declaren nulas las cláusulas 2.2 B y D, sobre comisión de apertura y de posiciones deudoras, 2.3 sobre gastos y 5.1 sobre vencimiento anticipado; subsidiariamente, pide que el juzgado declare la nulidad de aquellas cláusulas que contravengan la normativa vigente, con condena a la entidad actora a restituir al prestatario todos los gastos, en aplicación de la declaración de nulidad, en los términos establecidos por la jurisprudencia, más el interés previsto en el Art. 1303 CC y el judicial desde la sentencia o resolución judicial que ponga fin al procedimiento, con imposición de costas a la parte contraria. De la reconvención se dio traslado a la entidad actora, que se opuso a ella manifestando que el contrato estaba signado con firma electrónica plenamente válida, por lo que no cabe la falta de legitimación pasiva, que las estipulaciones fueron negociadas como evidencia que se incluyó un interés bonificado, que el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de Enero de 2019 declaró la validez de la comisión de apertura, que, en cuanto a los gastos, sólo se piden 30 € por reclamación de posiciones deudoras, y, en lo que respecta al vencimiento anticipado, el prestatario había impagado siete cuotas, lo que se considera suficientemente grave para que opere dicho vencimiento. Terminó interesando la desestimación de la reconvención con costas. El juez de instancia acoge en

parte tanto la demanda como la reconvencción y dicta el fallo que hemos transcrito con anterioridad.

**TERCERO.**- El prestatario no se conforma y recurre en apelación alegando, por un lado, que los documentos aportados con la contestación a la reconvencción eran extemporáneos y no debieron ser admitidos. Sobre este punto constatamos que en la audiencia previa la admisión fue recurrida en reposición, sin éxito, lo que fue seguido de protesta por la desestimación del recurso. Por otro lado, alega el prestatario que la recurrida hace una valoración ilógica de la prueba al admitir que el contrato fue signado por el demandado, además de no respetar la doctrina jurisprudencial al haberse admitido indebidamente la validez de la comisión de apertura, que ha de ser considerada abusiva y nula. Finalizó pidiendo la desestimación de la demanda con costas y, respecto a la reconvencción, la nulidad de la comisión de apertura con costas para la parte contraria. El Banco se opuso a la apelación alegando que los documentos presentados con la contestación a la reconvencción no suplen un déficit de aportación de prueba con la demanda, sino que obedecen a lo que se manifiesta y se pide en la reconvencción, especialmente la negación de que el demandado fuese contratante del préstamo reclamado. Añade que la comisión de apertura es una parte del precio y no está sujeta a control de abusividad o de equivalencia entre las prestaciones recíprocas y concluye pidiendo la desestimación del recurso con costas para el apelante.

**CUARTO.**- No existe aportación documental extemporánea. Un argumento básico de la contestación-reconvencción es negar que don Pablo haya sido parte en el préstamo litigioso y negar que la firma electrónica que se le asigna haya sido emitida por él. El Banco desarrolló su relación jurídica con el demandado desde que entró en vigor el préstamo, el día 26.1.18, según se refleja en el contrato, cargando en la cuenta de Sr. [REDACTED] periódicamente la cuota mensual pactada de 348'28 €. Manifiesta el Banco que no se paga desde Enero de 2020, por lo que desde Enero de 2018 hasta Diciembre de 2019 el demandado pagó con regularidad. Ante esta situación, afirmar ahora que don Pablo no es quien firmó el contrato ni quien recibió el dinero ni quien dispuso de él no es algo que entrase dentro de lo que la entidad pudiese imaginar o sospechar de su cliente. Y de ahí la necesidad de tener que acreditar, ante tan sorpresiva defensa, el hecho de la contratación y de la disposición del dinero por él. Por eso con la contestación a la reconvencción se aportó el informe precontractual, los movimientos del préstamo y los movimientos de las cuentas que se vincularon a él, documentación complementaria que no hubiera sido preciso presentar para fundamentar la pretensión

de la parte actora, suficientemente acreditada con la documentación acompañada a la demanda. De modo que no puede existir infracción del Art. 270 LEC, porque no estamos en ninguno de los supuestos que contempla, y sí en el caso del Art. 265.1 LEC que obliga a acompañar a todo escrito de contestación, y la respuesta a una reconvención lo es, los documentos en que la parte funda su derecho a la tutela judicial pretendida. En atención a lo expuesto hemos de rechazar la extemporaneidad de los documentos que se adjuntaron al escrito de contestación a la reconvención, y este primer motivo del recurso se desestima.

**QUINTO.-** Idéntica suerte ha de correr la excepción de falta de legitimación pasiva por no ser el demandado quien firmó electrónicamente el préstamo. El recurso se basa en que no aparece en la firma electrónica que se refleja en el contrato el D.N.I. del demandado y pudo haber sido signado por cualquier otro sujeto. Sin embargo, el Sr. [REDACTED] no cuestiona en ningún momento todos los pagos correctamente realizados durante los años 2018 y 2019 y tampoco que las dos cuentas que se vincularon al préstamo sean las suyas y abiertas por él, ni que los movimientos de esas cuentas hayan sido ejecutado por él o a su instancia. A todo ello unimos que la cuenta nº 0182 4807 71 [REDACTED], no puesta en entredicho como de la titularidad del recurrente, refleja, según vemos en el extracto de movimientos del préstamo, un primer apunte por el concepto de "apertura" por la suma de 27.000 € coincidente con el importe del capital del préstamo. Por otra parte, observamos que el contrato refleja el número de D.N.I. correcto del recurrente y en los datos de la firma electrónica que aparecen al final del documento se hace constar: "Fecha de certificación (hora GMT): 26.1.18, 8 horas, 48 minutos y 11 segundos. Información de firma: firma electrónica bajo solicitud de [REDACTED] con fecha 26.1.18. 9 horas, 48 minutos, 10 segundos. El Banco consiente la contratación y certifica. Canal de firma: Banca a distancia, net.". El conjunto de todas las evidencias señaladas conduce a concluir que la persona que solicitó, recibió y dispuso del préstamo fue el recurrente, que, al haber dejado de pagar una sucesión de mensualidades, está plenamente legitimado para soportar la demanda.

**SEXTO.-** Que estemos ante un contrato celebrado entre una entidad profesional y un consumidor no es materia controvertida, por lo que su clausulado está sujeto al preceptivo control de abusividad. La última de las cuestiones que plantea el recurso es la relacionada con la abusividad de la comisión de apertura, que el contrato señala que es de un 2'3 % con un mínimo de 0'0 euros, lo que se traduce en la suma



de 621 €, calculada sobre la base de la cifra capital de 27.000 €. El Banco, en su escrito de oposición al recurso, se limita a justificar la validez de este cargo extractando un párrafo de la sentencia del Tribunal Supremo 23 de Enero de 2019, que es la referencia del juez de instancia para apreciar que la comisión de apertura es parte del precio y aparece en el contrato con gran claridad, por lo que no puede declararse abusiva, mientras que el apelante justifica su abusividad con argumentos de sentencias de esta Audiencia Provincial y, fundamentalmente, con la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020. En lo que respecta a la razón de ser de esta comisión, solo hallamos en la página 5 del contrato la siguiente mención. ““Es la cantidad que “BBVA” cobra por las gestiones efectuadas para formalizar y poner el importe prestado a su disposición””. No podemos saber qué gestiones son esas, ni cuántas son, porque la parte apelada nunca las describió en sus escritos de alegaciones. Tampoco existe prueba del coste de esas gestiones ni de su realización. Si tales gestiones están referidas a los trámites preparatorios del préstamo, es decir, a los trámites para evaluar la solvencia del que va a ser prestatario, su situación económica y su capacidad para restituir lo prestado, no cabe cobrar por ello porque esas gestiones viene impuestas por normas europeas y nacionales y no se puede cobrar al cliente por el cumplimiento de un deber legal. Es de resaltar que este cargo aparece identificado en la página 3 del préstamo, que no deja de ser un modelo elaborado por el Banco, en apartado propio e independiente de los que reflejan el interés nominal anual y la TAE, y se le otorga la calificación de “comisión”, al igual que sucede con los cargos por “estudio” o por “cancelación anticipada”. Y dado que el prestamista califica este cargo como “comisión”, sin que exista motivo para alterar lo que debe interpretarse por tal, hemos de acudir a la norma que regula las comisiones, esto es, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de Octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que claramente establece, en su Art. 3.1, párrafo segundo, que “solamente podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos”, lo que no acontece en nuestro caso y determina la nulidad de la comisión al vulnerarse tales exigencias imperativas. Como ya se indicó, el contrato es parco en explicaciones por lo que no puede saber el consumidor el tipo de actividad desarrollada ni el coste de cada uno de los trámites o gestiones realizados, hasta totalizar la importante suma de 621 €, que encarece injustificadamente el préstamo. Estimamos, por su sustanciosa cuantía, que la mención y la cláusula referidas a la comisión analizada, desequilibran el contrato y no presentan la



claridad deseable en cuanto a su contenido, pues no ofrecen posibilidad de conocer ni cuántas gestiones se realizaron, ni la naturaleza de cada una de ellas, ni su respectivo coste, hasta totalizar la suma que se cobra, por lo que deben considerarse nulas por abusivas en aplicación de lo dispuesto en los Art. 3, 4 y 6 de la Directiva 13/93/CEE y en los Arts. 80 (no comprensibilidad), 82.1, 83, 87.5 (cobro por producto o servicio no usado o consumido de manera efectiva), 87.6 (abono de cantidades por servicios no prestados) y 89.5 (incremento de precio por recargos por prestaciones adicionales no rechazables y que no cuenten con la debida claridad), todos ellos del Real Decreto Legislativo 1/07. Los argumentos anteriores, vigentes en el momento actual, venían siendo utilizados por esta Audiencia Provincial para anular la comisión de apertura, como muestran, por ejemplo, los autos de la Sección 1ª, de fechas 29 de Febrero de 2016 (nº 37) y 20 de Diciembre de 2017 (nº 161). No obstante esta línea jurisprudencial se vio alterada por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Enero de 2019 (nº 44) que, al considerar la comisión controvertida como un coste esencial y parte del precio del préstamo, excluyó toda posibilidad de control de abusividad. Con posterioridad el TJUE (Sala 4ª) en su sentencia de 16.7.20 -casos acumulados Caixabank, S.A. y BBVA, S.A.-, ha declarado que el hecho de que la comisión de apertura se incluya en el coste total de un préstamo no le asigna la condición de prestación esencial de éste. Añade que tal comisión perjudica al consumidor, es contraria a la buena fe y genera un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes si la entidad financiera no demuestra que obedezca a servicios prestados o gastos en los que haya incurrido, pudiendo en tales circunstancias declararse nula por abusiva, que es justamente lo que acontece en nuestro caso. La sentencia de instancia se limita a aplicar la nombrada sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Enero de 2019 sin tener en cuenta la reciente y preeminente sentencia europea, por lo que el recurso de apelación ha de prosperar en este punto, como esta misma Sala tiene resuelto en supuestos similares, siendo ejemplo de ello la sentencia de 9 de Julio de 2021 (nº 276) y el auto de 13 de Septiembre de 2021 (nº 109).

**SÉPTIMO.**- Lo hasta aquí motivado conduce a revocar la sentencia, en la parte concerniente a la demanda reconvenicional, declarando la nulidad por abusiva de toda mención y cláusula contenidas en el contrato referidas a la comisión de apertura. De ahí que proceda la estimación parcial del recurso. No ha lugar a imponer las costas a ninguno de los litigantes (cfr. Art. 398.2 LEC).

Por lo expuesto la Sala dicta el siguiente,

**F A L L O**

Que debemos estimar y estimamos, parcialmente, el recurso de apelación formulado por DON ██████████ contra la sentencia de fecha 12 de Julio de 2021, dictada en autos de juicio ordinario nº 791/20, por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Oviedo, y, en su virtud,

1). Se modifica dicha sentencia para incorporar en la parte segunda del fallo, sobre la estimación parcial de la demanda reconventional, entre las cláusulas declaradas nulas por abusivas, también las referidas a la denominada "comisión de apertura". En todo lo demás la sentencia queda inalterada.

2). No se imponen las costas del recurso a ninguno de los litigantes.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir a la parte apelante.

Llévese copia al protocolo de sentencias dejando el original digitalizado.

Notifíquese la presente resolución judicial a las partes haciéndoles saber que las resoluciones definitivas de las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 466 LEC, son susceptibles de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos señalados en los Arts. 469 y siguientes, 477 y siguientes, y Disposición Final 16ª, todos ellos de la LEC, debiendo interponerse en el plazo de **veinte días** ante este Tribunal constituyendo un depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este órgano jurisdiccional, abierta en el "Banco Santander" con el nº ██████████ e indicando el expediente, con cuatro cifras más dos del año, y el tipo de recurso (04: Extraordinario por infracción procesal y 06: Por casación).

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-