



**JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3 AVILES**

SENTENCIA: 00026/2016

**Procedimiento: Juicio Ordinario N.º 361/15.**

**SENTENCIA nº**

**Magistrada-Juez que la dicta:** Virginia Fernández Pérez.

**Parte Demandante:**xxxxxxxx

Abogado: Sr. Cueva Díaz.

Procurador: Sra. ccccc

**Parte Demandada:** BBVA S.A.

Abogado: Sra. xxxxxxxx

Procurador: Sr. xxxxxxxxx.

**Objeto del juicio:** nulidad de contrato.

En Avilés, a 8 de febrero del 2016.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 19 de junio del 2015, por la indicada representación de la parte actora, se formuló escrito de demanda, que correspondió a este Juzgado, en la que, con fundamento en los hechos y consideraciones legales que cita, se concluía suplicando se dictase sentencia, por la que, con





estimación de la demanda se condenase a la demandada conforme a lo interesado en su suplico todo ello junto con las costas.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para que se personara en autos y la contestara, lo que verificó el 12 de noviembre, en el sentido de oponerse e interesar se dicte sentencia por la que se desestime la demanda, con imposición de costas a la actora.

**TERCERO.-** Convocadas las partes a la audiencia previa, en el seno de la misma sólo se propuso prueba documental quedando seguidamente los autos para dictar sentencia por mor del art. 429.8º de la LEC.

**CUARTO.-** Que en la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las formalidades establecidas por la Ley.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se solicita por la representación procesal de xxxxxxxxxxxx que se dicte sentencia frente a BBVA por la que se declare la nulidad y eliminación de las cláusula suelo, redondeo, utilización del IRPH entidades, comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas, gastos, intereses de demora, vencimiento anticipado, imputación de gastos, compensación, cesión de contrato y designación de la entidad financiera como beneficiaria del seguro de daños limitación del arrendamiento; así como la restitución de las cantidades que señala en su suplico, junto con los intereses y costas.



La entidad demandada opone cosa juzgada respecto de las cláusulas suelo, gastos, costas judiciales pacto por el que se renuncia a la notificación de la cesión del crédito,



compensación y garantía; y subsidiariamente, que el resto de estipulaciones que aquí se impugnan fueron fruto de la negociación consensuada entre las parte sin que se vean afectas al vicio que aquí se predica.

**SEGUNDO.-** *Cosa Juzgada y carencia de objeto.* Dicha excepción ya se adelantó en el acto de la audiencia previa que debía decaer, por las razones que se reproducen a continuación.

En este sentido, la parte demandada opone la citada excepción de cosa juzgada y enlazada con ello de carencia sobrevenida de objeto con base a que la cláusula suelo ya ha sido resuelta por la STS de 9 de mayo del 2013 que declara su nulidad, lo que impide de nuevo ser examinada. Asimismo, y en cuanto a la nulidad que se petitiona sobre las cláusulas relativas a gastos, costas judiciales, pacto por el que se renuncia a la notificación de la cesión del crédito, compensación y garantía ha sido resuelta en la sentencia dictada el 11.05.05 por la Secc 13 de la AP de Madrid, confirmada por sentencia del TS de 16.12.09 por demanda promovida por OCU.

Dicho óbice procedimental no puede prosperar, al faltar el requisito de identidad subjetiva que la misma requiere dado que no consta que en ninguno de los procedimientos citados haya sido parte el aquí actor, siendo que en la demanda promovida por la OCU se está ejercitando una acción colectiva cuyos efectos se circunscriben únicamente a los consumidores y usuarios detallados en la demanda, sin que entre ellos se encuentre el que acciona ante este Juzgado de Primera Instancia quien ejercita una mera acción individual. Igualmente tampoco habría la carencia de objeto que aquí se postula, dado que dicha figura, que no se es propiamente una excepción procesal, sino un modo anormal de terminación del





proceso se regula en el art. 22 de la LEC y requiere de la previa concurrencia de voluntades, caso que aquí no acontece.

Sobre este particular, se ha pronunciado en diferentes resoluciones nuestra Audiencia Provincial en sentido negativo, citándose entre otras muchas y por su claridad la sentencia de la Sección 7ª en resolución de 22 de octubre del 2015 que declara "Siendo cierta la realidad del proceso reseñado, debe señalarse que en aquél se ejercitan acciones colectivas con la pretensión de la nulidad de las cláusulas y la restitución de cantidades indebidamente cobradas por dicha nulidad, mientras que en este procedimiento se trata de una acción individualizada del contrato que firmaron los demandantes con la entidad demandada el 29 de abril de 2005, si bien acumulando a esa primera acción la restitución de las cantidades indebidamente cobradas por la entidad bancaria a los actores. Pues bien, aunque ante esta problemática diversas han sido las soluciones de nuestros Tribunales, unas acordando la suspensión del correspondiente procedimiento en tanto se resuelve el del Juzgado de Madrid, otras apreciando no prejudicialidad, sino litispendencia, lo que lleva al archivo de los procedimientos y, por último, otras terceras que han rechazado tanto una como la otra medida. Es esta última la solución que las diversas Secciones de la Audiencia Provincial de Asturias han adoptado, criterio compartido por esta misma Sala a partir de sus recientes sentencias de 1 de octubre , 25 de septiembre , 17 y 23 de julio de 2015 . En la sentencia de esta Sala, de fecha 1 de octubre, por citar la más reciente, ya se declaró " *La cuestión ha sido resuelta de forma diversa por esta Audiencia Provincial, y así particularmente la Sección Primera en su sentencia de 19 de diciembre de 2014 advierte que "Llegados a este punto, debe partirse de lo que señala la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2.010 que ha tratado la cuestión relativa a la cosa juzgada en acciones colectivas en su tercer fundamento jurídico, y ello como consecuencia de la proximidad entre litispendencia y cosa*





*juzgada. Señala dicha resolución: "esta Sala entiende que si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, este posible efecto de cosa juzgada respecto de todos los perjudicados debe quedar restringido a los casos en que la sentencia determine que, conforme a la legislación de protección de consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente"; y continúa: "En caso de no efectuarse el pronunciamiento de que la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente, teniendo en cuenta que el ejercicio de este tipo de acciones tiene un carácter instrumental dirigido a la protección de los consumidores, hay que entender que la LEC opta por considerar que su alcance subjetivo, desde el punto de vista procesal, no puede limitarse a la personalidad de la entidad que la ejercita ni a los perjudicados que hayan comparecido o que aquélla haya incluido en la demanda. En suma, como opina un sector relevante de la doctrina, en este supuesto el requisito de la identidad subjetiva para determinar la concurrencia de litispendencia o cosa juzgada, por tratarse del ejercicio de acciones colectivas por parte de entidades que las ejercitan en beneficio de consumidores concretos, debe determinarse en función de los sujetos perjudicados en quienes se concrete el ejercicio de la acción". Y el fundamento concluye así: "En el caso examinado ninguna de las sentencias dictadas en ambas instancias contiene pronunciamiento alguno en el sentido de que la declaración de nulidad ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido parte en el proceso correspondiente. Por esta razón, debe entenderse que la sentencia dictada no produce efectos de cosa juzgada respecto de los usuarios no incluidos en la demanda". Pese a ello, se concluye por dicha Sección la imposibilidad de apreciar tal excepción porque, en definitiva, es la sentencia que conoce de*





la demanda en el ejercicio de la acción colectiva, la que debe determinar que la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente, y puesto que la litispendencia tiene lugar, en su caso, con anterioridad a que la sentencia se dicte, puesto que aún no se conoce tal determinación, no será posible que se entienda la concurrencia de la excepción de litispendencia civil, puesto que quien ejercita la acción individual no forma parte del procedimiento en que se acciona a través de una colectiva ni se conoce en este momento procesal si los efectos de la sentencia que se dicte resolviendo ésta podrá afectarle". En idéntico sentido Sentencia de la Sección 4ª de 1 de octubre que a su vez se hace eco de las de fecha 1, 5, 10 y 19 de diciembre de 2014 y 27 de enero de 2015, todas ellas de la Sección Primera, 20 de mayo de 2015 de la Sección Quinta, 17 de diciembre de 2014 de esta Sección Cuarta, ó 17 y 23 de julio de 2015 de la Sección Séptima en rechazo de la excepción aquí invocada.

**TERCERO.- Validez de las cláusulas.** De la contestación de la demanda se colige que la entidad demandada acepta la nulidad que aquí se predica respecto de la cláusula suelo, la relativa a gastos, costas judiciales, pacto por el que se renuncia a la notificación de la cesión del crédito, y garantía desde el momento en que interesa que se aprecie respecto de ellas la excepción de cosa juzgada, alegando igualmente que tras el dictado de las sentencias que reseña BBVA ha procedido a modificar la redacción de dichas estipulaciones en sus contratos así como que ha dejado de aplicarlas en relación con los contratos hechos con anterioridad. Se erige, pues, en cuestión aquí a resolver si concurre idéntico vicio de nulidad en el resto de clausulado aquí esgrimido.



En el momento de suscripción del contrato se hallaba vigente **la Ley 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de**



**los Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 1 N.º 2 y 3 dispone lo siguiente:** " A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles , productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros".

Aquí no es objeto de discusión que el actor es un consumidor ni que firmó el préstamo hipotecario para la adquisición de una vivienda, siendo desde esta óptica como ha de ser examinada la presente controversia dado que, según la STS de 9 de mayo de 2013, la condición de consumidor de la parte actora es presupuesto necesario para poder entrar en el examen del conocido "segundo control de transparencia" (control de comprensibilidad real y control de su contenido), por el posible carácter abusivo de las cláusulas cuya declaración de nulidad se insta".

El hecho de que BBVA no haya aplicado las cláusulas aquí debatidas no se erige en óbice para su examen, dado que como señala el auto de 16.06.15 del TJUE "cuando el juez nacional haya constatado el carácter abusivo- en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 - de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión".



Tomando como premisa lo que antecede:

1) Cláusula financiera 3 bis 1.- Se interesa, en primer lugar, que se declare la nulidad del índice de referencia IRPH.

En el préstamo hipotecario en litigio se pactó como índice de referencia el IRPH "conjunto de entidades" ("tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de entidades de crédito"), en su defecto el IRPH "Bancos" ("tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, de bancos"), y no el EURIBOR que es el que aquí se insta.

Procede, pues, examinar si BBVA cumplió el filtro de transparencia al incorporar la citada cláusula al contrato, siendo de aplicación lo dispuesto en la STS de 29.04.15 en la que se dice que no es objeto de discusión jurisprudencial que las cláusulas no sólo han de estar redactadas de manera clara y comprensible a través de la utilización de caracteres tipográficos legibles y con una redacción comprensible, objeto ello del control de incorporación o inclusión (arts. 5.5 y 7.b LCGC) sino que además *no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es preciso que, además, sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá. Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de*



precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación (SSTS 29.04.2015, 24.03.2015 y STJUE 23.04.2015 asunto C-96/14, caso Van Hove)... La decisión ha de adoptarse en base a los criterios de transparencia que se formularon en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, como concreción de las exigencias de la normativa nacional y comunitaria. Tales criterios integran la parte sustancial de la doctrina jurisprudencial sentada en dicha sentencia y confirmada por las posteriores núm. 138/2015, de 24 de marzo, y núm. 139/2015, de 25 marzo, que como tal doctrina jurisprudencial es aplicable no solamente a las cláusulas suelo objeto de tales procesos, sino a todas las que constituyan cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores, de modo que permite a las entidades financieras y a los consumidores valorar en cada caso si las cláusulas suelo incluidas en los contratos de préstamo hipotecario concertadas entre los mismos superan o no el control de transparencia.

Pues bien, la entidad bancaria señala que el IRPH fue negociado individualmente, al igual que el resto de las estipulaciones, amén de las menciones y advertencias llevadas a cabo por el Notario.

Si bien no cabe afirmar que la citada cláusula desde un punto de vista meramente gramatical en su redacción sea ininteligible, también lo es que nos hallamos ante un mero consumidor, del que no consta que posean estudios financieros superiores, lo que lleva a estimar más que difícil que comprendiera el alcance real de la estipulación transcrita.

Por lo que atañe al grado de conocimiento que tenía el suscriptor, la demandada sostiene que dicha cláusula fue fruto de una previa negociación, estando en todo momento





informado tanto de las cláusulas del contrato que suscribía como de las consecuencias que ello comportaba. Dicho aserto no puede ser compartido, ante la parquedad de la prueba practicada al haberse solicitado únicamente la documental. En este sentido no consta que en la fase precontractual se le diera al cliente una información exhaustiva mediante cálculos y simulaciones que permita colegir que conocía los pormenores de la cláusula en cuestión, ausencia de prueba que únicamente puede perjudicar a la demandada por mor de lo dispuesto en el art. 217 de la LEC y la facilidad probatoria que tiene a su favor. Tampoco ha quedado acreditado que la entidad hubiera dado al cliente la oportunidad de elegir entre dos índices de referencia para la fijación del interés variable y que voluntariamente optara por uno de ellos.

Esta carencia informativa en ningún caso puede verse suplida por la intervención del notario en la escritura, en este sentido resulta igualmente esclarecedora la sentencia de la Sección 7<sup>a</sup> de esta Audiencia de fecha 27 de octubre del 2015 en la que señala que "tampoco puede compartirse la alegación en relación a la intervención del Notario autorizante, como también hemos advertido (así sentencia 10 y 23 de julio y 18 de septiembre de 2015) justifica ni permite eludir la falta de transparencia apreciada pues, como señala la *sentencia citada del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014* , recogida en la citada en segundo lugar « *sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o*





actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia», criterio que reitera la de 24 de marzo de 2015, en la que además se indica que la intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada".

En suma, el acervo probatorio desplegado no permite concluir que al actor se le facilitase información apta de la cláusula que a la postre suscribió ni que fuera fruto de una negociación previa, hallándonos ante una condición general de la contratación, y no superando con ello el control de transparencia que se requiere por lo que se ha de reputar nula y se tiene por no puesta (art. 8 de la LGDCU), debiendo ser sustituido por el Euribor como aquí se peticiona desde el inicio de la operación.

2) Cláusula 3.bis.1 redondeo. Sobre la abusividad de la misma se ha pronunciado, entre otras, la STS de 11 de febrero del 2015 que señala que la "Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2010, que reproduce la de 1 de diciembre del mismo año", declaró, de un lado, abusivas para los consumidores las "fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto", con base en los artículo 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, al tratarse, como en el presente caso, de estipulaciones no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato..."... Dicha cláusula, en lo que se refiere al redondeo deberá tenerse por no puesta, dado que la





declaramos, expresamente, como abusiva, en línea con la doctrina jurisprudencial expuesta, en interpretación del *art. 10 bis de la Ley 26/1984 de 19 de julio*, vigente a la fecha de formalización del contrato". Procede, pues, su estimación.

3) Cláusula 4.4 comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas. Se pide la nulidad de dicha estipulación que establece una comisión de 15,03 € por cada recibo que resulte impagado.

El *artículo 10 bis de la Ley 26/1984*, vigente al suscribirse el contrato, consideraba 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, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Por su parte, el *párrafo tercero del art. 10 bis.1 de la referida ley*, indica que " *el profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba*".

Ninguna prueba se ha practicado, igualmente, que acredite la previa negociación de la misma lo que permite inferir que es una cláusula impuesta por el banco, en la que se fija una comisión de carácter fijo respecto de la que no consta que se corresponda con el coste real de llevar a efecto una reclamación extrajudicial, a modo de penalización por impago, lo que en definitiva lleva a declararla abusiva (en este sentido, AAP Barcelona Secc 1º 23.11.15; AAP Madrid Secc 14ª de 06.11.15; SAP Madrid Secc 14º de 13.05.14; y SAP Málaga Secc 4ª de 23.05.14).





4) Cláusula 5 relativa a gastos. Se admite únicamente de contrario la abusividad respecto de las costas judiciales mas no así el resto del contenido.

Del tenor de la estipulación se evidencia que son a cargo del consumidor los gastos de tributos, de tramitación, Notaria, Registro, primas y gastos del seguro de daños, así como de reclamación tanto extrajudicial como judicial.

La *Disposición Adicional Primera de la ley 7/1998* fijaba el carácter **abusivo**, en todo caso, en su apartado 22 " *la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley imperativa corresponde al profesional*". Dada la generalidad de su redacción ha de estimarse como abusivo, al imponerse al consumidor todos los gastos de tramitación que incluirían incluso las copias que el banco solicite al Notario o al Registrador. Igualmente, de su dicción literal y por su falta de concreción "todos los tributos..." supondría que podrían recaer sobre el consumidor gravámenes que son a cargo del Banco de ahí que por generalidad y falta de reciprocidad ha de reputarse abusiva.

Sobre este particular y declarándola abusiva, se pronuncia la reciente STS de 23.12.15.

5) Cláusula 6 Intereses de demora. Se insta igualmente la declaración de nulidad de la estipulación que fija el interés de demora en el 19% anual al ser abusivo.

El *art. 85.6 del RDL 1/2007* dispone que ha de calificarse de abusivo, y en consecuencia nulo, cualquier pacto suponga " *la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones* ", naturaleza indemnizatoria propia del interés de demora. Si bien es cierto que dicho Texto Refundido no estaba vigente en





el momento de la celebración del contrato, debe tenerse en cuenta que la norma trae causa de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Por su parte, el *art. 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo* de crédito al consumo (LCC), vigente al suscribirse el préstamo, ordenaba que no superara 2,5 el interés legal, resultando que al momento de celebración del contrato - año 2002- el interés legal del dinero era del 4,25% de ahí que la cifra del 19% excedía en demasía de dicho límite, por lo que ha de calificarse como abusivo.

Sobre este particular, cabe citar la reciente STS de 23.12.15 que señala "La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, reformó el *art. 114 de la Ley Hipotecaria*, añadiéndole un tercer apartado, que establece un máximo legal al pacto de intereses moratorios en los contratos de préstamo para la adquisición de vivienda habitual, de manera que no pueden ser superiores al triple del interés legal del dinero. A su vez, la *Disposición Transitoria Segunda de la misma Ley* permitía el recálculo de los intereses moratorios establecidos en aquellos contratos concertados con anterioridad, con la finalidad de ajustarlos al mencionado tope legal. No obstante, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el *artículo 114.3 LH* prohíbe que, en los préstamos para adquirir la vivienda habitual, se pacten intereses superiores a los que indica, pero no excluye el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarias al precepto, porque respetan ese límite máximo del triple del interés legal del dinero, puedan implicar la "imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones", en los términos del artículo 85.6 TRLGDCU. Así, el *auto del TJUE de fecha 11 de junio de 2015*





(Asunto C- 602/13 ), no admite que, una vez declarada la abusividad de la cláusula de intereses moratorios sea directamente aplicable el interés previsto en el citado [art. 114.3 LH](#) , al decir:«...El contrato de que se trate debe subsistir, en principio, sin otromodificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas,.... (el juez no puede)... reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula ..., si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el [art. 7 de la Directiva 93/13 \(al\)](#)... eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.... Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir la cláusula abusiva "por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del [art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13](#) y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato"». Y la [sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015 \(asuntos acumulados C-482/13 , C-484/13, C-485/13 y C-487/13\)](#) ha negado la posibilidad del juez nacional de aplicar supletoriamente la normativa nacional, salvo para los casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligara al juez a anular el contrato en su totalidad en detrimento de la posición jurídica del consumidor, diciendo: «Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria





de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del [art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13](#) y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización». En este mismo sentido se ha pronunciado [esta Sala en la sentencia 265/2015, de 22 de abril](#) , al decir: «[1]la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el [art. 1258 del Código Civil](#) , salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, lo que no es el caso de las cláusulas que establecen el interés de demora, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario».

De conformidad con ello, procede declarar la nulidad y supresión de los intereses moratorios pactados.

Enlazado con ello, se insta igualmente la nulidad del pacto de anatocismo. A tenor del [art. 1255 CC](#) en relación con el [art. 1.109 CC](#) y el [art. 315 CCo](#), las partes pueden pactar que los intereses de mora devengados y no abonados puedan a su vez devengar nuevos intereses, esto es, que se capitalicen los intereses de demora. Dicho pacto, denominado pacto de anatocismo, es válido siempre y cuando concurra el consentimiento de ambas partes; y, en el supuesto de tratarse de una cláusula no negociada, incluida en un contrato de





adhesión e impuesta a un consumidor, deben someterla los tribunales, incluso de oficio, al control de abusividad.

No obstante lo anterior, ha de traerse nuevamente a colación la STS reseñada de 23.12.15 que a este respecto señala que "el pacto de anatocismo no es autónomo, sino que tiene su virtualidad en la previa existencia de un pacto sobre los intereses moratorios. De tal manera que, declarada la nulidad de la estipulación principal, dicha declaración "arrastra" la validez de la estipulación accesoria, que no puede subsistir independientemente". Procede, pues, su nulidad.

6) Cláusula 6 bis vencimiento anticipado. Su redacción es la que sigue "el banco podrá exigir anticipadamente, total o parcialmente, la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa solvencia, en los casos determinados en la ley y disposiciones aplicables, y en el de incumplirse cualquiera de las obligaciones establecidas en la estipulación 1º, 2º, 3º, 3º bis, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 11º y 12º. La misma facultad de declarar vencido anticipadamente el préstamo tendrá el banco cuando resulten cargas preferentes a la hipoteca que aquí se constituye distintas de las reseñadas en el apartado cargas de esta escritura, y en el caso de que el deudor solicite ser declarado en suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores, o lo sea a instancia de éstos, o cuando cualquiera de sus bienes o derechos resulten embargados".

La estipulación transcrita reserva a la entidad la facultad de exigir anticipadamente la devolución del capital en los casos que detalla, entre ellos por falta de pago a su vencimiento de una parte del capital o de sus intereses.

Así, y si bien dicho pacto en principio estaría amparado por lo dispuesto en el art. 1.256 del CC, también lo es que





con la amplitud con la que se halla formulado permitiría que ante el impago de una sola de las cuotas o de los intereses entrara en juego dicha facultad de vencimiento anticipado. En el momento de suscripción del préstamo estaba vigente la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 13 julio de 1.998 que únicamente reservaba dicha posibilidad ante la demora del pago de al menos de dos plazos o del último de ellos, facultad la aquí estipulada que es a todas luces abusiva dado que el simple impago de una cuota o parte de la misma permitiría declarar vencido el préstamo. Esto es, ante un incumplimiento no esencial, como el señalado, conllevaría que se pueda exigir toda la deuda pendiente, de ahí que tal y como se redacta en el contrato, y siendo impuesta por una de las partes, sin posibilidad de negociación al no probarse lo contrario, cabe tildarla de abusiva al producir un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes.

Dicha cuestión, ha sido igualmente abordada por el TS en su sentencia de 23.12.15 que señala "la jurisprudencia del *TJUE, la sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11* , sin declararlo de manera expresa, dio a entender que una **cláusula** que preveía el vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos, sin ser **abusiva** per se, podía considerarse como tal atendiendo a las circunstancias del caso. En este sentido, señala en el apartado 73 que: «*En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la **cláusula** relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter*





suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa **cláusula** poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo». Sobre estas bases, la **cláusula** controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - *art. 693.3, párrafo 2, LEC* , en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y en cualquier caso, parece evidente que una **cláusula** de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como **abusiva**, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves. Sin que el hecho de que la **cláusula** sea enjuiciada en el marco de una acción colectiva impida dicho pronunciamiento, pues precisamente lo que procede ante ese tipo de acción es un control abstracto de validez y abusividad. Por ello, la Audiencia únicamente se pronuncia sobre la **nulidad** de la **cláusula** y no sobre su aplicación”.

7) Cláusula 8.4 relativa a la imputación de pagos. Su redacción es la siguiente “las parte pactan expresamente que el banco determinará libremente las operaciones que tenga con la parte prestataria a cuyo pago aplicará las cantidades que reciba o queden disponibles por cualquier concepto a favor de ésta”.

El tenor literal de la citada estipulación, respecto de la que no consta una vez más que haya sido negociada





individualmente, priva al deudor del derecho de imputación que le reconoce el art. 1.172 del CC, de ahí que quepa apreciar un desequilibrio en los derechos en claro perjuicio del consumidor debiendo por ello declararse su abusividad.

8) Cláusula 8.5 compensación. Su dicción es "la deuda que resulte contra la parte prestataria por razón de este contrato, podrá ser compensada por el banco con cualquier otra deuda que la prestataria pudiera tener a su favor, cualquiera que sea la forma y documentos en que esté representada, la fecha de su vencimiento, que a este efecto podrá anticipar el banco, y el título de su derecho, incluido el de depósito".

El TS en su sentencia de 16.12.09 analiza una cláusula de contenido semejante y concluye sobre su no abusividad siempre que se incluya en el contrato con la debida transparencia. A este respecto señala *"no cabe negar que cualquier persona puede asumir conscientemente la posibilidad de la **compensación** cualquiera que sea el cotitular de la cuenta que devengue el adeudo, pues ello forma parte de su libertad contractual (art. 1.255 CC), sin crearse ningún desequilibrio importante en la relación con la entidad bancaria, y sin perjuicio, claro es, del riesgo que se asume respecto de la conducta de otros cotitulares, lo que corresponde a la relación "ad intra" con ellos, que aquí no interesa. Otra cosa diferente es que quien acepta tal situación mediante el pacto expreso, sepa el alcance de lo que asume, y ello se traduce en esta sede, en que lo haga con la suficiente información. Para ello, la **cláusula** contractual correspondiente ha de ser transparente, clara, concreta y sencilla, es decir, como señala la *Sentencia de esta Sala de 13 de marzo de 1.999* , ha de ser legible, físicamente, y comprensible, intelectualmente"*.



Tomando como premisa lo que antecede, ha de declararse la validez de la cláusula a tenor de su redacción sencilla, no



apreciándose que exista una falta de desequilibrio entre las partes contratantes.

Como consecuencia de la declaración de la nulidad de las cláusulas referidas anteriormente, se deben tener por no puestas, y la parte demandada deberá restituir todas las cantidades que hubiere cobrado, en su caso, en virtud de dichas cláusulas declaradas nulas, siendo únicamente desde la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo del 2013 respecto de la cláusula suelo hasta sentencia, cantidades que deberán ser incrementadas en lo que resulte de aplicar el interés legal devengado desde cada uno de sus pagos. Asimismo, y de conformidad con el art. 576 de la LEC, se devengará el interés legal del dinero incrementados en dos puntos desde la sentencia hasta el pago total de la cantidad adeudada.

**TERCERO.-** Costas. Conforme a lo dispuesto en el art. 394.2 de la LEC en los procesos declarativos, si fuera parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad. Dado que la estimación de la demanda es sólo parcial y ninguna de las partes litigó con temeridad, no procede hacer especial condena en costas, debiendo cada parte abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

## FALLO

Que **ESTIMO PARCIALMENTE** la demanda interpuesta por la representación procesal de xxxxxxxxxx xxxxxxxx xxxxxx frente a BBVA y, en consecuencia, **DECLARO** la nulidad y no incorporación de las cláusula suelo (3.bis.3), redondeo (3.bis.1), utilización del IRPH entidades (3.bis.1) que será sustituido





por el EURIBOR, comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas (4.4), gastos (5), intereses de demora (6), vencimiento anticipado (6 bis), imputación de gastos (8.4), cesión de contrato (9) y garantía (10), **CONDENANDO** a la demandada a reintegrar las cantidades que hubiere cobrado, en su caso, en virtud de dichas cláusulas declaradas nulas, siendo únicamente desde la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo del 2013 respecto de la cláusula suelo hasta sentencia, cantidades que deberán ser incrementadas en lo que resulte de aplicar el interés legal devengado desde cada uno de sus pagos y el interés legal del dinero incrementados en dos puntos desde la sentencia hasta el pago total de la cantidad adeudada; sin expreso pronunciamiento en costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe **recurso de apelación** ante la Audiencia Provincial de Asturias que deberá interponerse ante este mismo Juzgado en el plazo de veinte días contados desde el siguiente a la notificación de la presente resolución, previa acreditación del depósito de 50 € para recurrir en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado (art. 458.1º de la LEC).

Insértese la presente en el libro de sentencias de este Juzgado llevando a las actuaciones el oportuno testimonio.

Así, por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.



**PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Magistrado-juez que la suscribe estando celebrando audiencia en el día de su fecha, de lo que doy fe.