

**JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2  
MERIDA**

SENTENCIA: 00061/2017

AVENIDA DE LAS COMUNIDADES, 25- 2ª PLANTA  
**Teléfono: 924387226**, Fax: 924388773  
Equipo/usuario: MDA  
Modelo: N04390

**N.I.G.:** 06083 41 1 2016 0001762

**ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000427 /2016**

Procedimiento origen: /

**Sobre OTRAS MATERIAS**

DEMANDANTE D/ña. ASUFIN

Procurador/a Sr/a. JESUS DIAZ DURAN

Abogado/a Sr/a. CARLOS FIDALGO GALLARDO

DEMANDADO D/ña. CAIXA CATALUNYA

Procurador/a Sr/a. VALENTIN LOBO ESPADA

Abogado/a Sr/a.

**SENTENCIA N° 61/2017**

En Mérida, a 14 de marzo de 2017.

Vistos por mí, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> VICTORIA DÁVILA ARÉVALO, Magistrada Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Mérida, los autos de juicio ordinario, promovidos a instancia de **ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN)**, en ejercicio de las acciones que le asisten a su asociada D<sup>a</sup>

representado por el Procurador D. Jesús Díaz Durán y asistido del Letrado D. Daniel García Mescua, contra **CATALUNYA BANC, S.A (sucedida por BBVA)**, representada por el Procurador D. Valentín Lobo Espada y asistida del Letrado D. Javier Marcos Reino, y atendiendo a los siguientes,

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La actora presentó, en fecha 4 de julio de 2016, demanda de juicio ordinario frente a la citada entidad bancaria en la que tras la alegación de los hechos y fundamentos de derecho que entendía de aplicación, terminaba solicitando que se dictase sentencia con el pronunciamiento que exponía en el suplico de la demanda.

BBVA presentó el 29-09-2016 escrito de contestación solicitando que se desestima íntegramente la demanda con imposición de costas a la actora.

**SEGUNDO.-** Las partes fueron convocadas para la celebración de la audiencia previa que tuvo lugar el día 10 de marzo de 2017 donde se ratificaron en sus respectivos escritos. Tras informar la actora sobre las excepciones de cosa juzgada y error en la determinación de la cuantía esgrimidas, se resolvió únicamente esta última quedando la primera excepción para resolver en la sentencia, propusieron prueba documental; tras lo cual los autos quedaron vistos para sentencia.

**TERCERO.-** En la sustanciación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales vigentes.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Son hechos no controvertidos que en fecha 22 de octubre de 2009 D<sup>a</sup> suscribió escritura pública de compraventa con la mercantil JOCA INMO, S.A en virtud de la cual aquélla adquiriría una vivienda. En la citada escritura, al mismo tiempo, D<sup>a</sup> Alicia se subrogaba en la hipoteca que gravaba el inmueble y que fue constituida a favor de Caixa de Catalunya.

En la cláusula relativa al tipo interés ordinario se previó un tipo de interés fijo al 4,266%, y tras este primer momento se pactó un interés variable. Sin embargo, a pesar de esta variabilidad se dispuso que *"en todo caso, el tipo de interés nominal anual revisado aplicable a los adquirentes no será nunca superior al 8% ni inferior al 3%"*.

Se insta por la parte actora la declaración de nulidad de la citada estipulación alegando que la demandada fijó dicha cláusula de forma unilateral, sin que el actor tuviera oportunidad real de negociar los términos del contrato ni le proporcionó la preceptiva documentación ni información legamente exigida.

#### **SEGUNDO.- EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA.**

Esta es la primera cuestión que se plantea en la contestación pues se alega que la cláusula litigiosa ya ha sido declarada nula por el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid en la sentencia de 7 de abril de 2016 (autos nº 471/2010), habiendo procedido la demandada a cumplir tal pronunciamiento de modo que las cantidades previstas en el fallo han sido devueltas. La cláusula suelo litigiosa se dejó de aplicar en julio de 2015, aplicando el interés variable pactado en la escritura, tal y como se reconoce en el escrito

de demanda. Y en cuanto a la condena de restitución de las cantidades cobradas en exceso ha sido recurrida por ADICAE y por tanto no tiene efectos de cosa juzgada.

Con carácter previo se impone la necesidad de hacer una breve referencia a la excepción invocada en sus distintas vertientes. De un lado, está la cosa juzgada formal que viene a ser la autoridad o categoría que alcanza una resolución judicial una vez deviene firme, art. 207.4 de la LEC, según el cual *"Transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, debiendo el tribunal del proceso en que recaiga estar en todo caso a lo dispuesto en ella"*. La cosa juzgada forma despliega sus efectos en el mismo proceso en el que se dicta la resolución.

La cosa juzgada material, por el contrario tiene carácter externo respecto del proceso en el que se dicta la resolución investida de esta autoridad y supone la vinculación de cualquier tribunal y de las propias partes al contenido de la resolución judicial, tanto en el sentido de constituir el punto de partida de lo que debe resolverse en el ulterior proceso como por impedir volver a comunicarse sobre lo ya resuelto, son los denominados efectos positivo y negativo contemplados en el art. 222 de la LEC.

El efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada implica que las sentencias, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo. Son requisitos ineludibles para su apreciación: la identidad de los sujetos, objeto y causa de pedir.

El efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada, supone la necesidad de partir de lo ya juzgado en el anterior proceso, como punto de partida del proceso ulterior, siempre que aquél pronunciamiento sea antecedente lógico de lo que sea su objeto. No se exige identidad objetiva, sino que el objeto del ulterior proceso sea parcialmente coincidente, aunque sí que es exigible la identidad subjetiva.

A la vista de lo expuesto, es evidente que no estamos ante la cosa juzgada formal. Tampoco ante la cosa juzgada material en su efecto negativo ya que no existe identidad subjetiva en tanto que el actor no fue parte en el procedimiento que finalizó por sentencia de 7-04-2016 del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid, siendo parte actora en ese procedimiento la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros de España (ADICAE). La entidad BBVA tampoco fue parte demandada en aquél procedimiento. En principio, en caso de sucesión procesal podría darse la identidad subjetiva

entre causahabientes a que se refiere el art. 222.3 de la LEC, pero en supuestos, como el presente, de condiciones generales de la contratación, no puede apreciarse tal identidad si el predisponente, esto es, quien utilizó la cláusula que se ha declarado nula en otro procedimiento no coincide con el hoy demandado. En estos términos resuelve la reciente **sentencia del TS, de fecha 24 de febrero de 2017, nº 123/2017, Rec. nº 740/2014.**

También argumenta esta resolución que "La sentencia de esta Sala 705/2015, de 23 de diciembre, al referirse al alcance de la cosa juzgada de la sentencia 241/2013, reprodujo lo ya expresado en la sentencia 139/2015, de 25 de marzo, y declaró que: «[l]os efectos de cosa juzgada se ceñían a cláusulas idénticas a las declaradas nulas. Es decir, los efectos de la sentencia 241/2013 se extienden, subjetivamente, a las cláusulas utilizadas por las entidades que fueron demandadas en aquel procedimiento, y, objetivamente, a las cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos».

"Además, la sentencia del TJUE de 14 de abril de 2016 (asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14), en relación con la litispendencia y la prejudicialidad civil (instituciones claramente relacionadas con la cosa juzgada, en cuanto que la primera es tutelar de la cosa juzgada - sentencia de esta Sala 150/2011, de 11 de marzo - y la segunda implica una litispendencia impropia - sentencia 628/10 de 13 de octubre -) entre acciones colectivas en defensa de los consumidores y acciones individuales, estableció en su parte dispositiva que: «Por lo tanto, las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 93/13, objetos y efectos jurídicos diferentes, de modo que la relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias, sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13».

De lo anterior cabe extraer que para la apreciación de cosa juzgada, entre acciones colectivas y acciones individuales no existe identidad objetiva, puesto que tienen «objetos y efectos jurídicos diferentes».

Procede, en definitiva, el rechazo de la excepción esgrimida.

**TERCERO.- SOBRE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA LITIGIOSA.**

En todo caso la declaración de nulidad pretendida a todas luces debe prosperar ya que la cláusula litigiosa no supera el doble control que el Alto Tribunal aplica a las condiciones generales sobre límites a los tipos de interés variables en la sentencia de fecha 9 de mayo de 2013, nº 241/2013. De un lado, estaría el filtro relativo a la inclusión en el contrato; y de otro, el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores.

La estipulación no ha sido objeto de negociación individualizada y, además, el contrato de préstamo no cumple con las exigencias de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (Vigente hasta el 29 de Abril de 2012). Pues no consta acreditado que el banco entregase o facilitara a la actora un folleto informativo, firmara una oferta vinculante o le permitiera el examen de la escritura antes de su firma. Esta falta de prueba sobre el cumplimiento de los requisitos de información sólo puede perjudicar a la parte demandada ya que por su posición de dominio en las negociaciones con un consumidor y por la facilidad probatoria que precisamente le confiere dicha posición, sólo a ella incumbe acreditar que proporcionó al actor los mecanismos necesarios para tener un cabal conocimiento de todas y cada una de las condiciones del préstamo.

Sobre esta cuestión alega el BBVA que no estamos ante un préstamo solicitado directamente por un consumidor sino ante un préstamo concertado sobre vivienda protegida con Convenio de financiación celebrado con la Junta de Extremadura. No se discute, por ende, que nos hallemos ante una condición general de la contratación, siendo evidente que a pesar de que la citada cláusula estuviera incluida en el aludido Convenio, no por ello deja de ser, en el contrato de préstamo litigioso, una cláusula predispuesta cuya incorporación al contrato es 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, ex art. 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

La circunstancia de que la estipulación sobre los límites a la variación de los tipos de interés estuviera prevista en el Convenio de colaboración suscrito entre la Junta de Extremadura y la demandada no priva a la entidad bancaria de la posibilidad de negociar individualmente con cada uno de los compradores de VPO las condiciones de la hipoteca en la que se iban a

subrogar, manteniendo plenamente la autonomía de la voluntad a pesar del mismo que, en todo caso, debe ser interpretado como un "pacto de mínimos", y sin que tampoco, por mor del tan repetido Convenio, quede exenta de sus obligaciones de información a los consumidores.

Además, las estipulaciones del Convenio se incorporan a los contratos de compraventas de las viviendas VPO, esto es, a una pluralidad de contratos sin posibilidad de negociación. Las condiciones financieras fijadas en el mismo solo son vinculantes entre las partes que lo suscriben, de modo que para que lo sean para el comprador de VPO deben ser expresamente aceptadas por éste.

Tampoco se supera el control de transparencia de la cláusula en cuestión una vez inserta en la escritura pública de préstamo, puesto que en la estipulación relativa el interés ordinario se describe la forma de cálculo de un interés ordinario que vendría a ser variable y, después, con una breve y escueta mención se incluye la cláusula suelo.

Por tanto, son aplicables los parámetros sobre falta de transparencia de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 (punto 225) que se pasan a enunciar:

a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

c) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

A la vista de los argumentos expuestos procede estimar la acción de nulidad de la cláusula suelo con la consecuencia de su exclusión del contrato de préstamo. Cláusula que la propia demandada reconoce que dejó de aplicar en agosto de 2015, admitiéndose de contrario la realidad de tal afirmación. No obstante, la no aplicación no es asimilable a la nulidad absoluta de la estipulación con la consiguiente eliminación del clausurado del préstamo con vocación de futuro. Así mismo, la demandada deberá rehacer el cuadro de amortización sin la estipulación declarada nula desde la fecha en que la actora se subrogó en el préstamo hipotecario.

Todo ello con la obligación de restituir las cantidades cobradas en exceso por aplicación de esta cláusula en los términos que se pasan a exponer.

#### **CUARTO.- EFECTOS DE LA NULIDAD.**



Por tanto, procede aplicar la doctrina del Tribunal de Justicia Europeo contenida en la sentencia de 21 de diciembre de 2016, según la cual "El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

De conformidad con la interpretación del Derecho de la Unión Europea defendida por el TJE, no puede aplicarse la limitación en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de fecha 9 de mayo de 2013, al ser incompatible con tal Derecho (puntos 72 a 75 de la sentencia).

La consecuencia obligada de la declaración de nulidad del contrato litigioso es la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses, art. 1303 del Código Civil, desde el instante mismo en que se aplicó a la actora la cláusula suelo declarada nula. En el cálculo de las cantidades a devolver se tendrán en cuenta las sumas que hayan podido ser reintegradas por el BBVA a la actora.

#### **QUINTO.- INTERESES.**

La cantidad que deberá devolver la entidad bancaria devengará los intereses legales de los arts. 1100 y 1108 del CC desde la fecha de cobro de los intereses en aplicación de la cláusula declarada nula. Respecto de esta cuestión la sentencia del **TS, Sala de lo Civil, de fecha 24-02-2017, n° 123/17, rec. n° 740/14**, establece que en estos casos de nulidad, conforme al art. 1303 del CC, el alcance restitutorio incluye el pago de los intereses devengados por las respectivas prestaciones restituibles (por todas, sentencia de esta Sala n° 734/2016, rec. n° 1624/14, de 20 de diciembre de 2016).

**SEXTO.-** De conformidad con el criterio objetivo del vencimiento, las costas se imponen a la demandada, art. 394 de la LEC.

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

### FALLO

Que estimando la demanda formulada por ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN) contra CATALUNYA BANC, S.A (sucedida por BBVA), **debo declarar y declaro:**

1.- La nulidad por abusiva de la condición general de la contratación (cláusula suelo) incorporada al contrato de compraventa (VPO) con subrogación de hipoteca de fecha 22 de octubre de 2009 (protocolo 1.038), y cuya dicción literal es: *"en todo caso, el tipo de interés nominal anual revisado aplicable a los adquirentes no será nunca superior al 8% ni inferior al 3%"*.

2.- La condena de la entidad demandada a recalcular el cuadro de amortización del préstamo desde la subrogación de D<sup>a</sup> , inaplicando la cláusula anulada.

3.- La condena de la demandada a devolver a la parte actora las cantidades cobradas de más en virtud de la aplicación de la citada cláusula desde la fecha de subrogación del préstamo hipotecario hasta el efectivo cese de la misma, más el interés legal. Se tendrán en cuenta las cantidades que la entidad demandada haya devuelto a la actora por inaplicación voluntaria de la cláusula.

4.- Las costas se imponen a la demandada.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Contra esta sentencia cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN en el plazo de 20 días a contar desde el siguiente a su notificación.

Por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.





Sentencia descargada en [www.asufin.com](http://www.asufin.com)