

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

SENTENCIA: 00111/2017

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 660/2016

SENTENCIA N° 111/2017

En Mérida, a 24 de marzo de 2017.

Magistrado-Juez: D. Miguel Ángel Crespo Gutiérrez.

Juicio Ordinario 660/2016 sobre declaración de nulidad de cláusulas abusivas.

Demandantes: Asociación de Usuarios Financieros (Asufin).

Procurador: D. Jesús Díaz Durán.

Letrado: D. Carlos Fidalgo Gallardo.

Demandado: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

Procurador: D. Valentín Lobo Espada.

Letrado: D. Manuel Ledesma García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En fecha 2 de noviembre de 2016 tuvo entrada en este juzgado, procedente de reparto, demanda de juicio ordinario presentada por el procurador de los tribunales D. Jesús Díaz Durán, en nombre de Asufin, solicitando la nulidad de cláusulas abusivas contenidas en el préstamo hipotecario (en concreto de la llamada cláusula suelo) suscrito entre su asociada Dña. y la entidad Caixa d'Estalvis de Catalunya (hoy Banco Bilbao Vizcaya Argentaria), con la restitución de cantidades indebidamente abonadas por la actora, con la condena en costas de la contraria.

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la demandada, quien se personó pero no formuló contestación, razón por la que fue declarada en rebeldía.



TERCERO: Fueron convocadas las partes a comparecencia previa para intentar llegar a un acuerdo o transacción que pusiera fin al proceso, y caso contrario examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar la prosecución y terminación mediante Sentencia.

CUARTO: Llegado el día de la audiencia previa comparecieron debidamente representadas las partes. Acto seguido se comprobó que subsistía la controversia entre las partes. Fue desestimada la excepción procesal de cosa juzgada invocada por la demandada, quien se allanó a la petición de restitución de cantidades e interesó la no imposición de costas. Ambas interesaron únicamente como prueba la documental por reproducida, que fue admitida. En virtud de lo dispuesto en el art. 429.8 de la L.E.C. quedaron las actuaciones vistas para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento de la controversia.

La Asociación de Usuarios Financieros (en adelante, Asufin) ejercita acción de declaración de nulidad por abusividad de determinadas cláusulas contenidas en el contrato de compraventa con subrogación en préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre su socia, Dña. , y la entidad Caixa d'Estalvis de Catalunya (hoy sucedida por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.) en fecha 1 de octubre de 2009. En concreto, la demandante considera abusiva la cláusula "suelo" que tiene el siguiente tenor literal: "En todo caso, el tipo de interés nominal anual revisado aplicable a los adquirentes no será NUNCA SUPERIOR AL 8% NI INFERIOR AL 3 %". Derivada de la anterior declaración de nulidad, solicita la condena a la entidad demandada a realizar el recálculo del cuadro de amortización y devolución a los prestatarios de las cantidades indebidamente abonadas desde la constitución del préstamo o, subsidiariamente, desde mayo de 2013. Todo ello con la correspondiente condena en costas de la contraria.

Banco Bilbao Vizcaya Argentara, S.A. no formuló contestación a la demanda, aunque en la audiencia previa alegó que concurría la excepción de cosa juzgada en cuanto a la



declaración de nulidad y se allanó en cuanto a la restitución de cantidades, solicitando la no imposición de costas.

Fueron desestimadas en el acto de la audiencia previa las excepciones procesales planteadas. En cuanto a la litispendencia/cosa juzgada, se consideró que la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid tras el ejercicio de una acción colectiva de cesación de la citada condición general, no impedía que un consumidor, desvinculado de dicho procedimiento colectivo, pudiera ejercer una acción individual que en parte coincidía con el objeto de aquél (sin perjuicio del efecto positivo de la cosa juzgada que pudiera existir). Todo ello teniendo en cuenta lo dispuesto en la STS (Pleno), nº 123/2017, de 24 de febrero, dictada también en un supuesto en el que BBVA alegó tal acción. Dicha resolución acaba considerando en relación con esta cuestión lo siguiente: *Una interpretación conjunta de los arts. 15 , 222.3 y 221 LEC lleva a la conclusión de que la cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción colectiva afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el art. 221.1-1.ª LEC . A su vez, en el caso de las acciones para la tutela de derechos de consumidores indeterminados o no fácilmente determinables, la eficacia de cosa juzgada tampoco se producirá frente a los no personados, sin perjuicio de que puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los arts. 221 y 519 LEC o, en su caso, ejercer las acciones individuales.*

SEGUNDO.- Sobre la condición de consumidor del demandante.

En relación con el posible carácter abusivo de una cláusula como la aludida, hemos de tener presente que el concepto de cláusula abusiva tiene su encuadre en el marco de la legislación tuitiva de los consumidores y usuarios. En este sentido, dispone el art. 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios dispone que "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". Expresamente el art. 2 de dicha norma recoge en su ámbito de aplicación que tendrá lugar en las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios.

Dispone el art. 3 del TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias que son consumidores y usuarios *las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*. En el presente caso la prestataria es una persona física que firmó el préstamo con garantía hipotecaria con el fin de adquirir su vivienda habitual, con lo cual ha de ser considerados sin ningún género de dudas como consumidora (algo que no ha sido cuestionado por la entidad demandada).

TERCERO.- Sobre las Condiciones Generales de Contratación.

Sentado el carácter de consumidor del demandante, hemos de entrar a valorar si la cláusula de la escritura de préstamo relativa a los límites a la variación del tipo de interés aplicable constituye una condición general. Según el art. 1 de la LCGC son condiciones generales de contratación (...) *las cláusulas predispuestas redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, 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*. La carga de la prueba de que la citada cláusula es una condición general de la contratación, es decir, que no estaba prerredactada para una pluralidad de contratos, recae sobre el empresario cuando se trata de contratos con consumidores pues, en estos casos, se aplica la regla establecida en el artículo 82.2 TRLCU que dispone que "el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba". No se ha practicado prueba alguna al respecto, más allá de la reproducción de la propia escritura de préstamo, redactada por medios mecánicos, donde las únicas opciones que cabían al prestatario era firmar o no el contrato, sin que se haya



probado, en definitiva, que éste ha tenido la posibilidad de negociar alguna de las cláusulas. Recordemos que el art. 3.2 de la Directiva 93/13 dispone que "se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión".

CUARTO.- Sobre el carácter abusivo de la cláusula.

La entidad demandada ha venido a reconocer que la cláusula en cuestión no supera los controles anteriores, al haberse aquietado y remitido a la sentencia de fecha 7 de abril de 2016, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid, que declaraba su nulidad. Incluso mantiene que cumplió con dicha sentencia y que dejó de aplicar la cláusula en el contrato al que se refiere este procedimiento, así como que devolvió al demandante las cantidades cobradas de más. Por ello, al no existir pronunciamiento relativo a la cláusula en cuestión, una vez decretada la ausencia de efectos de cosa juzgada de tal resolución, procede declarar formalmente su nulidad por abusiva.

En cuanto a los efectos de dicha declaración de nulidad, la demandada se ha allanado a la *retroactividad total* (desde el inicio del contrato) de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo. Es cierto que la STS de 25 de marzo de 2015 fijó como doctrina jurisprudencial que "cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014 y la de 24 de marzo de 2015, se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013". Sin embargo, recientemente ha sido publicada la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2016, en la cual declara que la jurisprudencia derivada de la STS de 9 de mayo de 2013 (en cuanto a la limitación de los efectos



restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de una cláusula) se opone a la Directiva 93/13/CEE.

El propio Tribunal Supremo ha acatado esta resolución y ha ajustado a ella su doctrina en la reciente Sentencia de (Pleno), nº 123/2017, de 24 de febrero, a la que ya hemos hecho referencia. Como consecuencia, una vez declarada la nulidad por abusiva de la cláusula que establece los límites a la variación del tipo de interés aplicable, la consecuencia no puede ser otra que la de aplicar con plenos efectos lo dispuesto en el art. 1.303 del Código Civil, según el cual: *declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses (...)*, sin que exista justificación alguna para alterar el claro tenor literal del precepto.

QUINTO.- Costas del proceso.

Ha sido acogida tanto la acción de nulidad como la pretensión principal relativa a la restitución íntegra de cantidades indebidamente abonadas desde el inicio del contrato. Nos encontramos por lo tanto ante una estimación íntegra de la demanda, lo que conlleva que las costas deban ser impuestas a la entidad demandada, por imperativo del art. 394.1 de la L.E.C. Aun considerando el allanamiento parcial producido, dicho allanamiento ha tenido lugar en el acto de la audiencia previa, transcurrido el trámite de contestación, con lo cual la solución sería la misma (por remisión del art. 395.2 de la LEC al precepto antes mencionado).

En atención a lo expuesto, vistos los preceptos legales aplicables, pronunciamos el siguiente

FALLO

ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el procurador de los tribunales Don Jesús Díaz Durán, en nombre de Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN), contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. y, en consecuencia:



1. **DECLARO** la nulidad de la cláusula limitativa a la variabilidad de los tipos de interés que se establece en el contrato de compraventa con subrogación en préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre Doña
y la entidad Caixa d'Estalvis de Catalunya (hoy sucedida por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.) en fecha 1 de octubre de 2009, con el siguiente tenor literal: "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. **CONDENO** a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. a eliminar dicho clausulado y en su virtud a modificar el cuadro de amortización durante la vida de la hipoteca desde su constitución.
3. **CONDENO** a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. a la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en exceso en aplicación de la cláusula suelo (en su caso, con compensación de las cantidades que el prestatario hubiera podido amortizar de menos), desde la constitución del préstamo hasta que la misma deje de surtir efectos. Dichas cantidades devengarán el interés legal del dinero desde la fecha de cada abono.
4. Se condena en **costas** a la parte demandada.

Al notificar la presente resolución a las partes, instrúyaseles que contra la misma cabe presentar **recurso de apelación** para ante la Audiencia Provincial de Badajoz, que deberá interponerse ante este Juzgado por término de veinte días a partir de su notificación.

Para la admisión a trámite del recurso deberá efectuarse constitución de depósito en cuantía de **50 euros**, debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado, indicando en las **Observaciones del documento de ingreso que se trata de un recurso seguido del código 02 y tipo concreto del recurso**, de conformidad con lo establecido en la L. O. 1/2009, de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la Disposición adicional decimoquinta de dicha norma (Ministerio Fiscal; Estado; Comunidades Autónomas, entidades locales y organismos autónomos dependientes de todos ellos) o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.





Así lo acuerda y firma

Fdo. D.
Magistrado-Juez

Fdo. Dña.
Letrado de la Admón. Justicia

