

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

SENTENCIA: 00073/2017

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

N.I.G.: 06083 41 1 2016 0001779

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000431 /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. CATALUNYA BANC SA
Procurador/a Sr/a. VALENTIN LOBO ESPADA
Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA N° 73/2017

En Mérida, a 4 de ABRIL de 2017.

Vistos por mí, D^a M^a 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^a _____, 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 5 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 30-09-2016 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 1 de octubre de 2009 D^a suscribió escritura pública de compraventa con la mercantil Viviendas y Asistencia, S.A (VIASSA) en virtud de la cual aquélla adquiriría una vivienda. En la citada escritura, al mismo tiempo, D^a se subrogaba en la hipoteca que gravaba el inmueble y que fue constituida a favor de Caixa D'Estalvis 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 la actora 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 voluntariamente se dejó de aplicar en julio de 2015.

La cosa juzgada material 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, no concurren los requisitos de la cosa juzgada material ya que no existe identidad objetiva ni subjetiva. En cuanto a la primera, y conforme se ha podido comprobar en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de 16 de abril de 2016, ésta tuvo como objeto la nulidad de la siguiente estipulación: *"TERCERA BIS.- Tipo de interés variable.(...) F) Límite a la variación del tipo de interés. Los tipos máximo y mínimo que puede alcanzar el interés nominal anual aplicable al préstamo durante la fase sujeta a intereses variables será de nueve enteros y cincuenta centésimas de entero por ciento (9,50%) y de cuatro enteros por ciento (4%) respectivamente"*.

De su redacción se observan diferencias fundamentales respecto de la estipulación controvertida en el presente procedimiento.

Y en cuanto a la identidad subjetiva, en tanto que la actora 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.- CARENANCIA SOBREVENIDA DEL OBJETO.

También se alega que la cláusula suelo litigiosa se dejó de aplicar a partir del 1 de julio de 2015 y ha sido eliminada, habiéndose entregado a la actora las cantidades a las que tenía derecho con efectos desde mayo de 2013.

La aludida excepción no concurre, en primer lugar, porque el art. 22.1 de la LEC no distingue entre carencia sobrevenida parcial o total, siendo exigible legalmente siempre esta

última, es decir, que todas y cada una de las pretensiones del actor hayan sido satisfechas fuera del proceso.

Y en segundo lugar, el interés de la parte actora en obtener la tutela judicial continúa estando vivo desde el momento en que la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo ha hecho extensibles los efectos retroactivos de la declaración de nulidad al momento mismo de suscripción del préstamo hipotecario, que, en el presente caso, sería hasta el momento mismo de la subrogación de la actora en el préstamo litigioso. Así mismo, también forma parte del suplico de la demanda la petición relativa a la no incorporación con vocación de futuro de la estipulación cuya nulidad se interesa; el recalcular el cuadro de amortización desde la constitución del préstamo (hay que interpretar desde la subrogación) y la aplicación de los intereses legales a las cantidades a devolver por el banco a la actora.

CUARTO.- DE LA DECLARACION DE NULIDAD Y SUS EFECTOS.

En todo caso la declaración de nulidad pretendida a todas luces debe prosperar ya que la demandada en su contestación se aviene a la nulidad pretendida.

En cuanto a los efectos retroactivos, 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 TJUE, 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.- COSTAS PROCESALES.

La demandada interesó en la audiencia previa la no imposición de costas al existir dudas de hecho y de derecho sobre las cuestiones debatidas.

No cabe hablar de dudas, en este caso de derecho, como excepción en materia de costas procesales a la regla general del principio de vencimiento, ya que sobre las excepciones de cosa juzgada y carencia de objeto, tanto el TS como las Audiencias Provinciales, con anterioridad a la fecha de contestación de la demanda, se han pronunciado en varias ocasiones en el mismo sentido sin que pueda afirmarse que ha podido existir una jurisprudencia vacilante al respecto, a título de ejemplo estaría la sentencia del TS de fecha 23 de diciembre de 2015, n° 705/2015, la cual dispuso que:

"Como recordamos en la citada sentencia n° 139/2015, de 25 de marzo, la sentencia de 9 de mayo de 2013 condenó a BBVA a eliminar las antedichas cláusulas de los contratos. Y en el parágrafo 300 de esta última resolución dijimos expresamente que los 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".

Así mismo, la STJUE de 14 de abril de 2016, al resolver la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n° 9 de Barcelona, destaca que: *"...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".

Por tanto, procede aplicar el criterio objetivo del vencimiento imponiendo las costas a la demandada.

SÉPTIMO.- Mediante otrosí digo, la demandada impugna la cuantía del procedimiento pues entiende que la cuestión litigiosa ha quedado reducida a una mera reclamación de cantidad. Tal afirmación sería cierta de haber prosperado las excepciones esgrimidas. En todo caso, el art. 255 LEC permite al demandado impugnar la cuantía cuando entienda que, de haberse determinado de forma correcta, el procedimiento a seguir sería otro.

Tanto si se admitiese la postura defendida por la demandada como si se atiende a la sostenida en la demanda, el procedimiento a seguir sería el ordinario, art. 249.2 LEC, de modo que no resulta obligado pronunciarse sobre la cuantía en la audiencia previa ni en sentencia. La cuestión pudiera tener relevancia a efectos de costas por lo que debe ser en el correspondiente incidente de tasación de costas, si llegase a plantearse la discusión, donde se adoptase la correspondiente decisión.

Vistos los preceptos citados

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 y no incorporación de la condición general de la contratación (cláusula suelo) incorporada al contrato de compraventa (VPO) con subrogación de hipoteca de fecha 1 de octubre de 2009 (protocolo 859), 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^a, 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 (en su caso, con compensación de las cantidades que el prestatario hubiese podido amortizar de menos). 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: recurso de apelación, que se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación de aquélla. Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo resuelto (artículo 456.2 L.E.C.).

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