

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

SENTENCIA: 00079/2017

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

**N.I.G.:** 06083 41 1 2016 0002367

**ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000583 /2016**

Procedimiento origen: /

**Sobre OTRAS MATERIAS**

DEMANDANTE D/ña. ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS ASUFIN

Procurador/a Sr/a. JESUS DIAZ DURAN

Abogado/a Sr/a. CARLOS FIDALGO GALLARDO

DEMANDADO D/ña. BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA BBVA

Procurador/a Sr/a. VALENTIN LOBO ESPADA

Abogado/a Sr/a.

### SENTENCIA N° 79/2017

En Mérida, a 5 de abril 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)**, ejercitando las acciones de sus asociados D. y D<sup>a</sup> , representada por el Procurador D. Jesús Díaz Durán y asistida del Letrado D. Ángel Manuel Coronado García, contra **CATALUNYA BANC, S.A (sucedida por BBVA)**, representada por el Procurador D. Valentín Lobo Espada y asistida del Letrado D. Horacio Barrera García, y atendiendo a los siguientes,

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La parte actora presentó, en fecha 27 de septiembre 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 19-12-2016 escrito de contestación solicitando que la desestimación de la demanda con imposición de costas a la parte actora.

**SEGUNDO.-** Las partes fueron convocadas para la celebración de la audiencia previa que tuvo lugar el día 14 de marzo de 2017 donde se ratificaron en sus respectivos escritos. La actora informó sobre las excepciones de cosa juzgada y carencia sobrevenida del objeto esgrimidas por la demandada cuya resolución quedó para el trámite de sentencia. Tras lo cual propusieron prueba documental por lo que 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 24 de septiembre de 2009 D. y D<sup>a</sup>

suscribieron escritura pública de compraventa con la mercantil Viviendas y Asistencia, S.A (VIASSA), en virtud de la cual aquéllos adquirirían una vivienda. En la citada escritura, al mismo tiempo, los compradores se subrogaban 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 los prestatarios tuvieran oportunidad real de negociar los términos del contrato ni le proporcionó la preceptiva documentación ni información legamente exigida.

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

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), sentencia que no ha sido recurrida por Catalunya Banc, S.A.

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 hay cosa juzgada material en ninguno de los dos efectos indicados, ya que no existe ni identidad objetiva ni subjetiva. En cuanto a la primera, conforme se ha podido comprobar, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de 16 de abril de 2016, 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.

Tampoco existe identidad subjetiva, en tanto que la entidad bancaria demandada no fue parte en el procedimiento que finalizó con la referida sentencia 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 sino la Caixa D'Estalvis i Pensions de Barcelona. 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 PARCIAL DEL OBJETO.**

También se alega que la cláusula suelo litigiosa se dejó de aplicar a partir del 1 de julio de 2015 y se está en proceso de devolución de las cantidades satisfechas desde el 9 de mayo de 2013. Entendía, por tanto, que el objeto litigioso debía limitarse a discutir sobre la retroactividad total de la nulidad. En la audiencia previa, además, la demandada mostró

su allanamiento a la pretensión de retroactividad total en aplicación de la sentencia del TJUE.

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 los actores en el préstamo litigioso. Tal pronunciamiento no resulta contradicho por el allanamiento que la demandada formuló en la audiencia previa al aceptar la retroactividad total de la declaración de nulidad, pues resulta evidente que debería haber quedado acreditado que BBVA ha satisfecho a los actores las cantidades percibidas en virtud de tal allanamiento. 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 recalcuro del cuadro de amortización y la aplicación de los intereses legales a las cantidades a devolver por el banco a los actores.

**CUARTO.- SOBRE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA LITIGIOSA 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 tanto a la nulidad pretendida como a la restitución total de las cantidades percibidas en su aplicación.

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 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, nº 123/17, rec. nº 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 nº 734/2016, rec. nº 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 la cuestión objeto de controversia quedó limitada a dirimir si procedía la aplicación de las excepciones de cosa juzgada y carencia de objeto. Sobre estas cuestiones, 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, nº 705/2015, la cual dispuso que:

"Como recordamos en la citada sentencia nº 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 párrafo 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 nº 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.

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 CAIXA (sucedida por BBVA), **debo declarar y declaro:**

1.- La nulidad y no incorporación de la condición general de la contratación incorporada al contrato de compraventa (VPO) con subrogación de hipoteca de fecha 24 de septiembre de 2009 (protocolo 953), 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 demandada al recalculeo del cuadro de amortización del préstamo desde la subrogación de los actores, inaplicado la cláusula nula.

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 los prestatarios hubiesen podido amortizar de menos). Se tendrán en cuenta las cantidades que la entidad demandada haya devuelto a la parte 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.