

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

SENTENCIA: 00108/2017

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

N.I.G.: 06083 41 1 2016 0001981

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000488 /2016

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña. ASOCIACION USUARIOS FINANCIEROS

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. MANUEL LEDESMA GARCIA

SENTENCIA N° 108/2017

En Mérida, a 17 de mayo 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 sus asociados D.

y D^a , representados por el Procurador D. Jesús Díaz Durán y asistidos del Letrado D. Carlos Blázquez Cruces, contra **CATALUNYA BANC, S.A (sucedida por BBVA)**, representada por el Procurador D. Valentín Lobo Espada y asistida del Letrado D. Horacio Barrena García, y atendiendo a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora presentó, en fecha 25 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 21 de octubre de 2016 escrito de contestación solicitando que se dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda con imposición de costas.

SEGUNDO.- Las partes fueron convocadas para la celebración de la audiencia previa que tuvo lugar el día 19 de abril de 2017 donde se ratificaron en sus respectivos escritos. La demandada desistió de la excepción de cosa juzgada-parcial esgrimida en su escrito de contestación. Tras informar la parte actora sobre la excepción de carencia sobrevenida-parcial del objeto, se acordó que sería resuelta en la sentencia, pasando a proponer la prueba que se limitó a la 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. y D^a suscribieron escritura pública de compraventa con la mercantil JOCA INMO, S.A, en virtud de la cual aquellos 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 Catalunya Banc en fecha 3-03-2005.

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 parte actora tuviera oportunidad real de negociar los términos del contrato ni se le proporcionó la preceptiva documentación ni la información legalmente exigida.

SEGUNDO.- CARENCIA SOBREVENIDA-PARCIAL DEL OBJETO.

En la audiencia previa la demandada desistió de la excepción de cosa juzgada-parcial y se mantuvo únicamente la carencia sobrevenida alegando que Catalunya Banc dejó de

aplicar la cláusula suelo en hipotecas sobre viviendas con clientes consumidores a partir del 1 de julio de 2015, cumpliéndose parcialmente la petición de la parte actora ya que se abonó en cuenta la cantidad de 116,96 euros.

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 de la parte actora 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. Aun cuando en la audiencia previa la demandada, en base al art. 21 de la LEC, se allanase a la pretensión de retroactividad total de la declaración de nulidad al momento de suscripción del préstamo hipotecario, lo cierto es que tal allanamiento requiere siempre de un pronunciamiento judicial condenatorio y en modo alguno implicaría la carencia sobrevenida que se esgrime en la contestación pues la totalidad de las cantidades cobradas demás desde la suscripción del préstamo no han sido devueltas aún.

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 recalculo del 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, pretensiones todas ellas cuyo cumplimiento no ha sido acreditado por la demandada.

TERCERO.- 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 y habida cuenta que sobre esta cuestión se allanó la demandada en la audiencia previa, huelga invocar la doctrina del Tribunal de Justicia Europeo contenida en la sentencia de 21 de diciembre de 2016 según la cual 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 parte 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.

CUARTO.- 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).

QUINTO.- 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 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.

SEXTO.- En el fundamento de derecho d), la demandada alega que la cuantía del procedimiento debe fijarse en 116,96 euros, por lo que, en definitiva, viene a impugnar la cuantía indeterminada indicada en la demanda.

Pues bien, la afirmación de que la cuantía ha quedado reducida a la suma que se dice que ya fue reintegrada al actor 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 respecto de esta cuestión, el procedimiento a seguir sería el ordinario, artículo 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 910), 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 los prestatarios demandantes, 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.