

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO UNO DE OVIEDO (ASTURIAS)

Procedimiento: ORDINARIO n° 10/2008.

Sobre: NULIDAD DE CLÁUSULAS CONTRACTUALES y RECLAMACIÓN DE CANTIDAD.

Partes demandantes:

Procurador: D/ña. Florentina González Rubín.

Letrado: D/ña. José Antonio Ballesteros Garrido.

Parte demandada: “Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.” (C.I.F. A48265169).

Procurador: D/ña. Ana Maravillas Campos Pérez-Manglano.

Letrado: D/ña. Samuel Tronchoni Ramos.

S. S^a. Ilma. D. Luis Cuadrado Fernández, Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia Número Uno de Oviedo y su Partido judicial,

en virtud del Poder que le confiere la Constitución Española,

y en nombre de S. M. El Rey,

ha dictado la presente:

SENTENCIA

N° 165/2018

En Oviedo, a 31.07.2018, habiendo visto y oído el presente Juicio Ordinario n° 10/2008 sobre acciones de nulidad de cláusulas contractuales y reclamación de cantidad, siendo partes demandantes

, bajo la representación procesal del procurador D/ña. Florentina González Rubín y la asistencia letrada del abogado D/ña. José Antonio Ballesteros Garrido; y parte demandada “**Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.**” (C.I.F. A48265169), bajo la

representación procesal del procurador D/ña. Ana Maravillas Campos Pérez-Manglano y la asistencia letrada del abogado D/ña. Samuel Tronchoni Ramos.

Recayendo la presente sobre la base de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el procurador D/ña. Florentina González Rubín, en la representación procesal que anteriormente se menciona, se presentó escrito de demanda, remitido vía "LexNET" con fecha "28/12/2017 14:42", frente a "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A." (C.I.F. A48265169), en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que en el mismo constan y que por brevedad se dan por reproducidos, termina suplicando se dicte Sentencia "estimándola y acordando:

1.- declarar la nulidad de la cláusula que se encuentra al apartado 3 bis.3 de la cláusula "3º BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE. ÍNDICE DE REFERENCIA" de la escritura de préstamo hipotecario de 30-1-2002, en cuanto impone un tipo de interés mínimo de 3,50%;

2.- declarar la nulidad de la cláusula que se encuentra al apartado "4. Límites a la variación del tipo de interés" de la estipulación primera de la escritura de novación y ampliación de préstamo hipotecario de 6-6-2008, en cuanto impone un tipo de interés mínimo de 2,50%;

3.- declarar la nulidad de la cláusula que establece el "redondel al alza al más cercano cuanto de punto", que se encuentra en el apartado "3 bis.1. Períodos de interés variable" de la cláusula "3º BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE. ÍNDICE DE REFERENCIA" de la escritura de préstamo hipotecario de 30-1-2002".

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la demanda como figura en Decreto de fecha 05.01.2018, y verificada la subsiguiente tramitación procesal como consta en autos, la parte demandada contestó a la demanda mediante escrito remitido vía "LexNET" con fecha "05/02/2018 13:06", que damos por reproducido en aras de la brevedad, interesando en el mismo Sentencia desestimatoria de la antedicha demanda con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Que tras tener por contestada la demanda como antecede, y verificada la subsiguiente tramitación procesal como figura en los autos, se celebró la audiencia previa en la fecha que venía en legal forma señalada y comunicada a las partes como obra en ellos, esto es el día 05.06.2018; y ello en la forma y con el resultado que constan en el expediente. Propuesta y admitida, en la tal audiencia previa, prueba únicamente documental, a su finalización quedaron los autos pendientes de sentenciar.

CUARTO.- Que en la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales oportunas, salvo en lo concerniente a la llamada *"instrucción de la Secretaría de coordinación de Asturias nº 1/20013 [sic], relativa a la celebración de actuaciones orales realizadas sin la presencia del Secretario Judicial"*, fechada a *"9 de abril de 2013"*, en cumplimiento de cuyos mandatos, para ellos jerárquicos y vinculantes, los Secretarios judiciales (hoy *"Letrados al servicio de la Administración de Justicia"*) vienen no estando presentes en las vistas de los juicios y audiencias previas. Dictándose la presente resolución con la mayor brevedad que ha permitido la sobrecarga de trabajo que pesa históricamente sobre este órgano jurisdiccional.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- ACCIÓN EJERCITADA: AMPARO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL. RELACIONES ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO Y EL DERECHO INTERNO: PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE EL DERECHO INTERNO.

El fundamento legal de la acción ejercitada se halla, como en parte cita la demanda rectora del procedimiento que nos ocupa, en los siguientes preceptos y doctrinas judiciales como a continuación recapitulamos:

I.

En los artículos 1.263 y en los 1.300 y siguientes del Código Civil (bajo la rúbrica *"Capítulo VI [-] De la nulidad de los contratos"*).

II.

También en la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de las entonces Comunidades Europeas (hoy Unión Europea), de 5 de abril de 1993, recientemente modificada por la Directiva 2011/83/UE de 25 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

III.a.

Asimismo, en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en particular en sus artículos 10, y 82 y siguientes, y de relevancia jurídica en cuanto confiere al consumidor un nivel de protección superior al del Derecho Comunitario (como precisamente por éste le es permitido, aunque no al revés, pues los Estados miembros deben trasponer y respetar las Directivas comunitarias en su integridad, mas nada les impide conceder niveles de protección superiores a ellas respecto de los cuales será aplicable la norma interna, pues la Directiva es un mínimo, no un máximo) en cuanto establece el carácter objetivamente nulo de las cláusulas incluidas en contratos con consumidores o usuarios que causaren una desproporción en perjuicio de éstos y a favor del empresario. Objetivamente nulo, es decir, al margen de los llamados criterios "*de transparencia*" o "*de incorporación*" que la Sala Primera del Tribunal Supremo transcribe o copia de la Directiva comunitaria, ignorando que la norma interna o nacional (en este caso este Texto Refundido de la LGDCU) establece una protección superior a la de la norma comunitaria, y que la norma a aplicar será la interna y no la comunitaria cuando aquélla confiera un nivel de protección superior a ésta, como aquí sucede en cuanto el Texto Refundido de la LGDCU española declara objetivamente nulas (y por ende con irrelevancia e inaplicabilidad de los llamados criterios "*de transparencia*" o "*de incorporación*") tales cláusulas abusivas que asignan al consumidor o usuario cargas u obligaciones desproporcionadamente no correlativas, equiparables ni simétricas a las que de contrario se reconocen al empresario, como ocurre cuando se dicen establecer cláusulas "*suelo*" con un umbral (mínimo) mucho más cercano al tipo de referencia, y por ello de mucho más probable operatividad efectiva (en perjuicio del

consumidor), que el de las cláusulas "techo", a menudo "falsas cláusulas techo" en cuanto su umbral (máximo) es prácticamente imposible que llegue a operar (en perjuicio del empresario), y que a *fortiori* a menudo ni siquiera aparecen acompañando a la entonces solitaria cláusula "suelo", casos éstos en los que la desproporción —aunque en el fondo la misma— se presenta como aún más visible o evidente.

Así se deduce de sus artículos **82** ("Concepto de cláusulas abusivas"), en sus apartados 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") y 4, subapartado c) ("No obstante lo previsto en los apartados precedentes, **en todo caso son abusivas** las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: [...] c) determinen la **falta de reciprocidad** en el contrato") (la negrita y el subrayado son nuestros), así como el **85** ("Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad": "**Son** abusivas las cláusulas que determinen la **falta de reciprocidad** en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario") (la negrita y el subrayado son nuestros).

III.b.

No está de mas recordar también que el artículo **10** ("Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario") de este mismo Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios dispone que "La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil"; según lo cual resulta más que cuestionable que la simple superación de los llamados requisitos de "transparencia" y de "incorporación" a que se refiere la antedicha aparente doctrina de la Sala Primera Tribunal Supremo, que no serían sino una forma de renuncia tácita y/o implícita, permitan eludir las antedichas determinaciones imperativas y de *ius cogens* del antecitado Texto Refundido, que las partes no pueden derogar o desplazar siquiera directa, explícita y específicamente. Pues donde no cabe la renuncia expresa no es necesario explicar que a *potiori* queda proscrita la tácita o implícita (como lo sería la que se deduce de la aplicación de los

llamados requisitos o criterios de "transparencia" y de "incorporación" aludidos por la Sala Primera Tribunal Supremo en sus Sentencias a las que a efectos meramente históricos aludiremos después).

IV.

Cabe igualmente la cita de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación; de la Ley de Crédito al Consumo (Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al consumo, después sustituida por la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo); de la Jurisprudencia o doctrina judicial tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (antes Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, TJCE) como del Tribunal Supremo de España, esta última en tanto se mantenga dentro de los parámetros establecidos por la normativa europea y por la Jurisprudencia del antedicho TJUE, dado el principio de primacía del Derecho comunitario (cuyo Juez ordinario es el Juez nacional) sobre el Derecho interno, y el principio de directa aplicabilidad de las Directivas europeas, aun sin norma de trasposición de derecho interno, que cumplan los requisitos establecidos por esta misma Jurisprudencia comunitaria.

V.

Más en particular, dentro de la antedicha doctrina de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo, y en cuanto al fundamento de la nulidad de la cláusula controvertida con arreglo a los llamados criterios "de transparencia" y "de incorporación", procede la cita —aunque a efectos meramente cronológicos o históricos y para explicar su inaplicabilidad por ser contraria al correcto entendimiento de las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho interno al no respetar las disposiciones de este último (concretamente el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) en cuanto confieren al consumidor, como es admisible, un nivel de protección mayor al de la norma comunitaria— tanto [1] de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 1.916/2013, de 9 de mayo (recurso nº 485/2012), que —haciendo una lectura fragmentaria y asistemática de la Directiva comunitaria según la cual se pretería indebidamente el nivel superior de protección del

Derecho nacional a través del repetido texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre— decía que las "cláusulas suelo" son en principio lícitas, siempre y cuando su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos que conllevaría, de modo que correspondería a la libre iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial que estime oportuna, pero siempre que comunique de forma clara, comprensible y destacada cuál es ésta. Por lo que el cliente (siempre según esta doctrina de la Sala Primera, que aquí nos limitamos a recapitular como dato fáctico-histórico) debe poder ser consciente del efecto de esa cláusula al efectuar su opción de entre los diversos productos que se le ofertan en el mercado, pues un diferencial variable a un tipo superior podría aprovecharse mejor de las bajadas de los tipos de interés que otro inferior al que se adicione, sin embargo, una cláusula suelo. Establece así esta Sentencia que (apartado 215) "el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente" y que "la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato".

Como también, y también a efectos meramente cronológicos o históricos por su igual o incluso más notable contrariedad para con el Derecho Comunitario, y como así ha sido expresamente declarado por el TJUE, **[2]** de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015, que dijo establecer la doctrina —respecto de la cual resulta de nuevo pertinente volver a recordar que la misma no es aplicable al no respetar las prevalentes determinaciones del Derecho y de la Jurisprudencia comunitarios, como así ha declarado el TJUE, mas al no respetar tampoco la antedatada normativa interna (Código Civil) que conduce a igual conclusión, esto es la íntegra restitución de las prestaciones percibidas en el contrato bilateral o sinalagmático declarado nulo— según la cual la retroactividad de la nulidad (o de la declaración de nulidad), por abusivas, de las llamadas cláusulas "suelo",

en lo concerniente a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por la entidad prestamista en exceso y por aplicación de tales cláusulas nulas, alcanza solo hasta la fecha de 9 de mayo de 2013 (o, si se prefiere, que los efectos de esta nulidad o su retroactividad en lo referente a este punto se aplican solamente desde esta fecha), que es aquélla en la que la Sala Primera se habría pronunciado anteriormente sobre la nulidad, por abusivas, de este tipo de cláusulas, y como hemos dicho al referirnos a su anterior Sentencia de esa fecha y a la que anteriormente hemos aludido.

VI.a.

Asimismo es pertinente, aunque ya la hemos anticipado, la mención de la Doctrina o Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en cuanto a la discordancia con el ordenamiento comunitario de las disposiciones de los Derechos internos de los Estados miembros por las cuales se limiten los efectos de la declaración judicial de la nulidad, por abusivas, de las cláusulas contenidas en contratos de adhesión celebrados con consumidores y usuarios, Doctrina o Jurisprudencia de las que es exponente su Sentencia de 30 de mayo de 2013, que dispone en su "*Fallo*" que *"La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el tribunal nacional que haya constatado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual debe aplicar en cuanto sea posible sus reglas procesales internas de modo que se deduzcan todas las consecuencias que, según el Derecho interno, nacen de la constatación del carácter abusivo de la referida cláusula, para cerciorarse de que el consumidor no queda vinculado por ésta"*.

VI.b.

Hoy resulta también digna de mención la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 (dictada en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15). La cual, pese a no aportar nada realmente nuevo, ha suscitado un considerable eco tanto mediático como judicial, lo que no viene a poner de manifiesto sino el desconocimiento y la vulneración que del Derecho Comunitario venían dándose, tanto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, como, en seguimiento de sus antedichas resoluciones, por los órganos jurisdiccionales que, incumpliendo su deber —como Jueces ordinarios del Derecho comunitario que son— de respetar la

primacía del ordenamiento de la Unión, aplicaron la errada y contracomunitaria doctrina contenida en aquéllas en vez de las determinaciones, prevalentes, de este último (el Derecho Comunitario) (y esto nuevamente a salvo la norma interna o nacional efectivamente aplicable en cuanto más beneficiosa por conceder un nivel de protección que, respetando la Directiva, vaya más allá de ésta).

Pues bien: esta poco innovadora Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, dando respuesta a sendas cuestiones prejudiciales planteadas por dos órganos jurisdiccionales españoles a los que, pese a la claridad del Derecho comunitario y a la previa doctrina de este Tribunal de Justicia, les cupo duda sobre ello, declara que *"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***** [como en su día dijo establecer la desatinada Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo español de 25 de marzo de 2015] ***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"*** (la negrita es nuestra); zanjando así la cuestión e insistiendo en punto que ya era tan evidente como el del carácter anticomunitario de la pretendida doctrina que en su momento dijo establecer la Sala Primera del Tribunal Supremo de España en sus dos antedichas Sentencias de fechas 9 de mayo de 2013 y singularmente la de 25 de marzo de 2015.

Supuesta doctrina amplia y erróneamente seguida, sin embargo, por una buena parte de los órganos jurisdiccionales españoles, que, de este modo, y no siendo capaces de ver más allá de nuestro Tribunal Supremo o de nuestras fronteras nacionales, la aplicaron con preterición del Derecho comunitario y por ende de su obligación —como Jueces ordinarios del Derecho comunitario— de respetar la primacía o prevalencia de éste y con ello de aplicarlo con prevalencia a norma o jurisprudencia internas algunas, con total independencia de su rango, contrarias al Derecho de la Unión

(salvo en cuanto a las normas internas más favorables, como es facultad de los Estados miembros al ser la Directiva un *minumum* y no un *maximum*, y como ya hemos repetido) (e incluso sin necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional cuando las normas nacionales a inaplicar o desplazar por contravenir el preferente Derecho comunitario tuvieren rango legal o incluso constitucional). Y esto como viene declarado por el entonces aún "Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en Sentencias tan añejas ya (aunque al parecer no por ello demasiado conocidas) como las recaídas en los casos "*Flaminio Costa c. ENEL*", ya de 15 de julio de 1964, o la no mucho más reciente "*Simmenthal*", de 9 de marzo de 1978.

SEGUNDO.- FONDO DEL ASUNTO.

I.

Descendiendo ya al fondo del asunto que concretamente aquí nos ocupa, conviene esclarecer primeramente, por si duda cupiere sobre ello, que las partes demandantes tienen la condición de "*consumidor y usuario*", como se evidencia a la vista tanto [1] del artículo 3º ("*Concepto general de consumidor y de usuario*") de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre ("*A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. [-] Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*"), como [2] del apartado 1. del artículo 2º ("*Partes del contrato de crédito*") de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo ("*A efectos de esta Ley, se entenderá por consumidor la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional*").

II.

Dicho lo anterior, hay que atender a que en los contratos de autos, escriturados o elevados a público mediante las escrituras notariales que constan en ellos

(fechadas a "treinta de enero de dos mil dos" y a "seis de junio de dos mil ocho"), se dijo establecer un límite mínimo ("suelo"), del "3,50%" y del "2,500%", respectivamente, (cláusula "TERCERA BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE") al ámbito de variación o fluctuación del tipo de interés "variable", equivalente a la suma del "tipo de referencia" más un porcentaje fijo en función de la evolución del tipo tomado como "referencia"; límite que, por lo tanto, opera en beneficio de la entidad prestamista; estableciéndose a un tiempo un límite máximo a este ámbito de variación ("techo") del "12,00%", que supuestamente operaría en beneficio del cliente prestatario consumidor. No obstante, la situación inicial del tipo de referencia al perfeccionarse el contrato de autos, y por ende, del tipo en el mismo definido como "variable", hacía evidente que era incomparablemente más probable o previsible que fuese aplicada o entrase a operar la limitación a la baja (cláusula "suelo") que la limitación al alza (cláusula "techo"); todo lo cual lleva a concluir el carácter más bien irreal, quimérico o ilusorio no ya tanto de la efectiva existencia de un tipo de interés "variable", sino de la efectiva existencia de una verdadera cláusula "techo", lo cual sin embargo no puede en absoluto predicarse de la que pesa frente al prestamista consumidor, esto es la que fija al interés que resulta de su cargo un mínimo o "suelo".

Este desequilibrio, establecido en las cláusulas de un contrato (a *potiori* cuando es de adhesión) celebrado con quien, como ya hemos esclarecido en el subapartado anterior, tiene la consideración de "consumidor y usuario", opera clara, desproporcionada y desequilibradamente en perjuicio de éste como prestatario o deudor frente a la entidad financiera prestamista, lo cual supone un incurrir en el vicio de nulidad, por abusividad, que establecen los artículos 82 ("Concepto de cláusulas abusivas"), en sus apartados 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") y 4, subapartado c) ("No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: [...] c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato"), así como el 85 ("Cláusulas abusivas por falta de

reciprocidad”: “Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario”) del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Norma legal ésta cuyo artículo 10 (“Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario”), que también habíamos aludido *supra* al fijar el marco normativo del litigio, dispone que “La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil”, con lo que la simple superación, si la hubiese habido, de los llamados requisitos de “transparencia” y de “incorporación” a que se refiere la antedicha supuesta doctrina del Tribunal Supremo, anticomunitaria, y que no serían sino una forma de renuncia tácita y/o implícita, en nada afectan al carácter abusivo y por consiguiente nulo de esta cláusula, ni, por consiguiente, permiten eludir las antedichas determinaciones imperativas y de *ius cogens* que las partes no pueden derogar o desplazar siquiera expresa y explícitamente.

Es por ello que, pese a que en el caso de autos se hubiese superado el tal llamado criterio o filtro “de incorporación”, y aun en el caso de que se hubiese superado también el llamado “de transparencia” –lo cual a mayor abundamiento parece como mínimo dudoso, pues la llamada “cláusula suelo” de autos antes mencionada aparece redactada, en dos escrituras notariales que constan de 49 y de 54 páginas, respectivamente, en las apenas nueve y diez líneas que respectivamente componen los párrafos de sus cláusulas llamadas “*TERCERA BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE*” en los que tal cláusula aparece, escritos además sin resaltado alguno (salvo en el segundo caso la negrita, con la que aparece solamente la rúbrica del apartado de la antedicha cláusula y la expresión, en guarismos, de los porcentajes a los que se decía constreñir la posible variación del interés en cuestión)–, se evidencia la nulidad de las cláusulas controvertidas, por la contrariedad de la misma frente a la legislación tuitiva de los derechos de los consumidores ya referida, procediendo con ello la estimación de la demanda.

III.

Lo mismo debe decirse respecto de la cláusula que en el primero de tales dos contratos (y en la primera de sus correspondientes escrituras notariales, donde el mismo se copia y pega, esto es la fechada a 30.01.2002) dice establecer el redondeo aquí también objeto de impugnación, pues el redondeo no se prevé sino exclusivamente al alza, de modo que solamente puede beneficiar a la parte que en el contrato tiene la condición de "empresario" frente a quienes en el mismo, como ya hemos anticipado, tienen la condición de "consumidores" y "usuarios", y al pretenderse con ello establecer lo que atenta tan frontalmente contra lo previsto en los precitados artículos 82 ("Concepto de cláusulas abusivas"), apartados 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") y 4, subapartado c) ("No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: [...] c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato"), y 85 ("Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad": "Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario") del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. A lo que a mayor aunque ya innecesario abundamiento puede todavía añadirse que esta cláusula tampoco aparece resaltada o remarcada de forma que su texto destaque sobre el que compone el total cuerpo de la escritura ni sea singularmente visible, con lo que tampoco el requisito de la transparencia se ha respetado.

IV.

En cuanto a los efectos o al alcance retroactivo de la declaración de nulidad de la cláusula de autos, singularmente en lo referente a las antedichas "cláusulas suelo", debe atenderse, como ya anticipábamos *supra*, a que la doctrina que exponen las repetidas Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y de 25

de marzo de 2015 resultaría de posible aplicación siempre que la misma no contraviniese el prevalente Derecho comunitario —en esto consiste justa y precisamente el principio de primacía, consagrado en la Sentencia del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de julio de 1964, "*caso Flaminio Costa contra Enel*", ECR 585 (6/64), luego desarrollado por su sentencia de 9 de marzo de 1978, "*caso Simmenthal*" (106/77)— o, de igual modo y por ello mismo, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; e incluso siempre que no contravenga el propio Derecho nacional o interno, pues no cabe olvidar tampoco que el artículo 1º del Código Civil excluye a la Jurisprudencia de las fuentes del derecho, no pudiendo anteponerse a éstas (entiéndase que obviamente no cabe incluir en este concepto de "Jurisprudencia" a la así llamada del Tribunal Constitucional, quepa el apunte), y vulneraría el artículo 1303 del Código Civil toda limitación a la devolución de lo cobrado en aplicación de lo que, por nulo, nunca existió, con la sola excepción de que por el repetido Tribunal de Justicia, y en materia donde, como es el caso, resultare de aplicación el Derecho Comunitario, se hubiera establecido la aplicación de la llamada "doctrina prospectiva" (supuesto del cual, por citar uno, es ejemplo su Sentencia de 3 de octubre de 2006, "*caso Banca Popolare di Cremona*" [C-475/03]). Mas volviendo a la antedicha alusión al Derecho comunitario, y a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tampoco desde esta óptica parece plausible tal limitación, toda vez que Sentencias de este último, como por ejemplo la de 30 de mayo de 2013, que dispone en su "*Fallo*" que "*La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el tribunal nacional que haya constatado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual debe aplicar en cuanto sea posible sus reglas procesales internas de modo que se deduzcan todas las consecuencias que, según el Derecho interno, nacen de la constatación del carácter abusivo de la referida cláusula, para cerciorarse de que el consumidor no queda vinculado por ésta*". La también aludida y parcialmente *supra* transcrita Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 no viene sino a conducir, si bien aún más explícitamente todavía, a la misma conclusión.

Es por ello que cualquier norma interna (con total independencia de su rango), como igualmente cualquier doctrina judicial o jurisprudencia (con total independencia

del órgano que pretendiere haberla establecido), que se mostrasen favorables a una limitación (a la fecha de 9 de mayo de 2013 como a cualquier otra) a la retroactividad de la nulidad o de los efectos de la nulidad de la cláusula nula por abusiva (limitación no solo contraria al Derecho comunitario sino además declarada contraria al Derecho comunitario por esta Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016) deben ser ignoradas e inaplicadas, incluso *ex officio*, y por su propia Autoridad, por el Juez ordinario del Derecho comunitario, esto es el Juez nacional del Estado miembro que debe aplicarlo, y dado el carácter anticomunitario de tal norma, doctrina judicial o jurisprudencia internas; toda otra cosa implicaría violación del principio de primacía.

En el caso que nos ocupa el suplico de la demanda interesa la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por la parte demandada, por aplicación de la cláusula nula por abusiva de autos, sin limitación temporal alguna, y como efectivamente procede.

CUARTO.- COSTAS. RECURRIBILIDAD.

I. COSTAS.

De conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede la condena en costas de la parte demandada.

II. RECURRIBILIDAD.

Según el artículo 455 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra esta resolución cabe recurso de Apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Asturias, que podrá formularse en el plazo de veinte días a partir del siguiente al de la notificación de esta resolución, y en el que se indicará la resolución que se apela y la voluntad de recurrirla con expresión de los pronunciamientos que se impugnan y de las infracciones que se opinen producidas.

VISTOS los preceptos legales invocados, sus concordantes y demás normas aplicables,

FALLO

que **ESTIMO íntegramente** las acciones de nulidad contractual y reclamación de cantidad ejercitadas por las aquí partes demandantes,

----- ,----- ,; y, en consecuencia:

1.- Que **DECLARO** la **nulidad** de la cláusula o estipulación que en el contrato y escritura notarial (ésta fechada a 30.01.2002) de autos aparece rubricada o titulada como "3º BIS.- TIPO DE INTERES [sic] VARIABLE. INDICE [sic] DE REFERENCIA", en cuanto dice establecer, frente a la posible variación del tipo de interés aplicable a la deuda hipotecaria de autos, un límite mínimo del "3,50%" y un límite máximo del "12,00 %".

2.- Que **DECLARO** la **nulidad** de la cláusula o estipulación que en el contrato y escritura notarial (ésta fechada a 06.06.2008) de autos aparece rubricada o titulada como "4. Límites a la variación del tipo de interés", en cuanto dice establecer, frente a la posible variación del tipo de interés aplicable a la deuda hipotecaria de autos, un límite mínimo del "2,500%" y un límite máximo del "12,00%".

3.- Que **DECLARO** la **nulidad** de la cláusula o estipulación que en el contrato y escritura notarial (ésta fechada a 30.01.2002) de autos aparece rubricada o titulada como "3º BIS.- TIPO DE INTERES [sic] VARIABLE. INDICE [sic] DE REFERENCIA", en cuanto dice establecer que "En cada "período de interés variable" el "tipo de interés vigente" será el que se obtenga de redondear al alza al más cercano cuarto de punto, el tipo nominal, expresado en tasa porcentual anual, que se define a continuación y, en su defecto, el tipo nominal sustitutivo que también se define seguidamente, con indicación en ambos casos de índice de referencia y margen constante que se utilizan para la determinación del respectivo tipo nominal".

4.- Que **CONDENO** a la parte demandada, "**Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.**" (C.I.F. A48265169), **[a]** a **estar y pasar** por las anteriores declaraciones, con todas sus consecuencias legales, y en particular **[b]** a **recalcular** las liquidaciones correspondientes al préstamo **[c]** y a **reintegrar** a los demandantes las cantidades cobradas en exceso respecto de aquéllas a las que se limitaba su derecho a exigir su pago a éstos, con los intereses legales de cada una de las

cantidades con tal exceso cobradas o percibidas de éstos, según la fecha en que cada una de ellas fue abonadas por ellos.

5.- Que **IMPONGO** las **costas** de este proceso a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes, y llévase el original al libro correspondiente y testimonio a los autos.

Contra esta resolución cabe recurso de Apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Asturias, que podrá formularse en el plazo de veinte días a partir del siguiente al de la notificación de la misma, y en el que se indicará la resolución que se apela y la voluntad de recurrirla con expresión de los pronunciamientos que se impugnan y de las infracciones que se opinen producidas.

Así por esta Sentencia, definitivamente juzgando en la instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

EL MAGISTRADO.

###J. Ordinario nº 10/2008###