

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N° 04 DE ALCOBENDAS

C/ Joaquín Rodrigo, 3 , Planta 4 - 28100

Tfno: 916539343

Fax: 916536175

42020310

NIG: 28.006.00.2-2017/0009995

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 1304/2017

Materia: Resto de acciones individuales sobre condiciones generales de la contratación

Demandante: ..

Demandado: BANCO SABADELL S.A

PROCURADOR D./Dña. .

SENTENCIA N° 102/2019

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. PEDRO JOSÉ PUERTA LANZÓN

Lugar: Alcobendas

Fecha: trece de mayo de dos mil diecinueve

Vistos por Doña Amalia Rodríguez Ranchal , Magistrado Juez del Juzgado de 1ª. Instancia nº 4 de Alcobendas los autos de *juicio ordinario* señalados con el **número 1304/2017** de los de este Juzgado, seguidos a instancias de la Procuradora Dª. Cayetana de Zulueta, Luchsinger en nombre y representación de .., contra **BANCO SABADELL, S.A.** representado por el Procurador Don]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 31 de octubre de 2017, por el **Procuradora Dª. Cayetana de Zulueta, Luchsinger** en la representación indicada se presentó ante el Decanato de estos Juzgados para su reparto la demanda origen de estos autos solicitando *se declare la nulidad por abusiva de la cláusula contenida en las <<cláusula FINANCIERA TERCERA BIS del Préstamo Hipotecario de fecha tres de enero de 2006>>*.

SEGUNDO.- Por Decreto de la Sra. Secretaria titular de este Juzgado de fecha diez de enero de dos mil dieciocho, se admitió a trámite la demanda, acordándose igualmente se diera traslado de la misma a la parte demandada para que la contestara, lo que verificó en el término legalmente establecido al efecto. En la misma resolución se convocó a las partes para la celebración de la audiencia previa legalmente prevenida para esta clase de

juicios, a cuyo efecto se señaló día y hora, y en la que las partes, no siendo posible el acuerdo, se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación.

TERCERO.-En la audiencia previa, se propuso por las partes prueba documental e interrogatorio de parte, la cual fue admitida en su totalidad, señalándose a continuación fecha para la celebración del juicio.

CUARTO.-En acto del juicio fue practicada la prueba propuesta y admitida, con el resultado que obra en las actuaciones, recogido en el soporte audiovisual al efecto instalado en la Sala de audiencias, quedando a continuación los autos para su resolución por Sentencia en primera instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda interpuesta por la mercantil , se interesa la nulidad, por tener carácter abusiva, de la cláusula TERCERA-BIS *in fine*, del contrato de préstamo hipotecario de 3 de enero de 2006 , que establece unos límites a la variación del tipo de interés aplicable, fijando un tipo mínimo del 2,75%

La condición de sociedad mercantil de la demandante exige indagar si ostenta en el contrato impugnado la condición de *consumidor*, como presupuesto de aplicación de la normativa sobre control de contenido y de transparencia, invocadas como fundamento de la acción de impugnación de la cláusula suelo.

Conforme a la jurisprudencia, para que resultara de aplicación el pretendido control de transparencia sobre la cláusula cuestionada sería necesario que el prestatario tuviera la condición de consumidor en el contrato de ampliación del préstamo al que se incorporó la cláusula (sentencias 367/2016, de 3 de junio , 30/2017, de 18 de enero , 41/2017, de 20 de enero , 57/2017, de 30 de enero , 587/2017, de 2 de noviembre , 639/2017, de 23 de noviembre , y 414/2018, de 3 de julio).

La STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16) (asunto Schrems). De acuerdo con esta doctrina, el concepto de «consumidor» debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto

de otras. De tal forma que, solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional

Igualmente, la definición de consumidor , está contemplada en el art. 3 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios , aprobado por Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que en su redacción actual introducida por la Ley 3/2014, de 27 de marzo señala que "son consumidores y usuarios las personas físicas que actúen con propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión" y "son también consumidores a los 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", y antes de la reforma operada por la citada Ley 3/2014 el referido artículo 3 ° disponía que "son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional ", al tiempo que el art. 4° señalaba "se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada".

En definitiva, lo que tiene como razón de ser toda esta normativa, es que tendrá la consideración de consumidor quien actúe con propósito ajeno, a su actividad empresarial, oficio o profesión. Y no será consumidor quien actúe en sentido contrario, es decir, con propósito orientado hacia su actividad empresarial, oficio o profesión. O dicho de otra manera, si el destino del préstamo es responder a gastos o a realizar inversiones, relacionadas con la actividad comercial, empresarial, oficio o profesión del prestatario, éste no gozaría, por lo dicho, en ese específico contrato, de la condición de consumidor .

A mayor abundamiento, la sentencia del Tribunal Supremo n. 224/2017, de 5 de abril de 2017 se pronuncia sobre la condición de "consumidor " cuando una persona adquiere un bien para fines mixtos, esto es, para destinarlo a satisfacer tanto necesidades personales como empresariales, acogiendo el denominado criterio del " objeto o finalidad predominante " como el más adecuado para atribuir o no al prestatario la condición de consumidor : "Para determinar si una persona puede ser considerada consumidor a los efectos de la Directiva 93/13/CEE) y del TRLGCU, en aquellas circunstancias en las

que existan indicios de que un contrato persigue una doble finalidad, de tal forma que no resulte claramente que dicho contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el criterio del objeto predominante ofrece una herramienta para determinar, a través de un examen de la globalidad de las circunstancias que rodean al contrato -más allá de un criterio puramente cuantitativo y de la apreciación de la prueba practicada, la medida en que los propósitos profesionales o no profesionales predominan en relación con un contrato en particular. De manera que, cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba".

En este mismo sentido, la STS, Civil sección 1 del 11 de octubre de 2017 que se pronuncia en los siguientes términos:

Dada la complejidad de la controversia suscitada, la sala se reunió en pleno y dictó la sentencia n.º 16/2017, 16 de enero (Rec. n.º 2718/2014), la cual contiene la doctrina que se ha considerado más adecuada al respecto, que ha sido seguida por otras sentencias posteriores que la aplican, como son las de 15 de febrero de 2017 (Rec. 3261/2014) y la de 22 de febrero de 2017 (Rec. 10/2015).

El fundamento de derecho cuarto de la primera de dichas sentencias se expresa en los siguientes términos:

«En relación con la controversia litigiosa, partiendo del expuesto concepto de consumidor o usuario como persona que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, y dado que en el contrato se prevé la posibilidad de reventa, cabe preguntarse si es posible una actuación, en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, que se realice con ánimo de lucro. La jurisprudencia comunitaria ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor , por ejemplo en la STJCE 10 abril 2008 (asunto Hamilton), que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE 25 octubre 2005 (asunto Schulte), sobre un contrato de inversión. Además, la redacción del art. 3 TRLGCU se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o

adquirente (interpretación reforzada por la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14)). A su vez, la reforma del mencionado art. 3 TRLGCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo , aunque no sea directamente aplicable al caso por la fecha en que se celebró el contrato, puede arrojar luz sobre la cuestión. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con las directivas comunitarias que sólo se refieren a personas físicas, tras dicha reforma se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica, pero se añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el segundo de los casos.

Es decir, se introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora , aunque tenga ánimo de lucro. No obstante, sin apartarse de dicha regulación, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario , conforme establece el art. 1.1º CCom , 21».

Precisamente, la reciente STC 75/2017 otorga el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, dado que el órgano judicial no tuvo en cuenta la interpretación del concepto de consumidor (regulado en la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas contractuales abusivas) establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto Dumitru Tarcău, de 19 de noviembre de 2015), en clara contravención del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea.

En este orden de ideas, la demandante adquirió dos apartamentos, que son la letras E y D del edificio Alfa en el centro de Interés Turístico Nacional Solynieve en Sierra Nevada (Granada) y dos plazas de garaje.

Los referidos apartamentos no fueron vendidos, una vez adquiridos, si no que como expresa la actora. son utilizados en periodos vacacionales por su familia y amigos, aportándose a tal efecto recibos de consumo de suministros en los que se observa que el consumo solo se produce en temporada de esquí y navidades.

Y ello, pese a que el objeto social de la referida mercantil sea “*compraventa, alquiler y explotación, bajo cualquier forma admitida en derecho, de bienes inmuebles.*”, habiendo manifestado el demandante que la referida mercantil solo se utiliza con fines patrimoniales.

Por ello puede ser considerado consumidor a los presentes efectos.

SEGUNDO.- Nulidad de la cláusula de limitación de la bajada del tipo de interés.

a.- Primera aproximación al análisis de la cláusula suelo

Como se indica en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, “Los préstamos concedidos por bancos y entidades financieras a consumidores, garantizados por hipoteca, son préstamos retribuidos en los que el prestatario, además de obligarse a devolver al prestamista el capital prestado, se obliga a pagar intereses fijos o variables.

En el caso de intereses variables, el tipo de interés a pagar por el prestatario oscila a lo largo del tiempo y se fija, básicamente, mediante la adición de dos sumandos:

a.- El tipo de índice de referencia, que es un tipo de interés, oficial o no, que fluctúa en el tiempo (el más frecuente, el EURIBOR a un año)

b.- El diferencial o porcentaje fijo que se adiciona al tipo de referencia.

En consecuencia, de forma simplificada, la fórmula para determinar el interés a pagar por el prestatario es la siguiente: interés de referencia + diferencial = interés a pagar

Para limitar los efectos de las eventuales oscilaciones del interés de referencia, pueden estipularse limitaciones al alza –las denominadas cláusulas techo-, y a la baja – las llamadas cláusulas suelo-, que operan como topes máximo y mínimo de los intereses a pagar por el prestatario.

Con relación a estas últimas –únicas que son objeto del litigio-, las fórmulas utilizadas varían, pero producen conducen a idéntico resultado, de tal forma, que en unas ocasiones se fija directamente el tipo de interés mínimo y en otras, se fija el tipo mínimo del interés de referencia.

Cuando el índice de referencia o la suma del índice de referencia más el diferencial descienden por debajo del tope (suelo) fijado, estas cláusulas impiden que la bajada se traslade al prestatario.

La cláusula suelo forma parte del contenido esencial del contrato pues configura el precio que debe pagar el prestatario y definen así el objeto principal del contrato. Así, la STS de 29 de abril de 2015 señala que las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato no pierden por ello su carácter de condiciones generales de contratación ni quedan excluidas de la normativa sobre cláusulas abusivas. Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello, ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la LCGC y del TRLCU.

Para determinar o no la abusividad de dicha cláusula, y consiguientemente su nulidad, si bien no cabe hacer un control en cuanto al desequilibrio entre las prestaciones que produce entre las partes, la cláusula deberá superar un doble control.

a.- Un control de incorporación, al tenor de lo dispuesto en los artículos 5, 6 y 7 LCGC

b.- Un control de transparencia, a la luz del artículo 80 TRLGDC. Este control ha sido analizado en la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil de TS nº 464/2914 de 8 de septiembre, y en la STJUE 30 abril de 214, C-26/14 que establece que el control de transparencia se traduce en el deber del predisponente de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial.

El control de incorporación actúa en la fase de perfección del contrato, buscando garantizar la correcta formación de la voluntad contractual por el adherente, por lo que incide en la formación del consentimiento; el control de incorporación no analiza la legalidad intrínseca de la cláusula en cuestión, sino si ésta puede o no incorporarse válidamente al contrato (arts. 5 y 7 LCGC: información, transparencia, claridad, concreción y sencillez; regla contra proferentem; nulidad de las cláusulas ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles). Es decir, es necesario que la cláusula gramatical

o documentalmente figure en el contrato. Se deben utilizar caracteres gráficos legibles y una redacción comprensible.

Sobre este control de incorporación se superpone un control adicional de transparencia, pero solo en relación con los contratos con condiciones generales concertados con consumidores (arts. 80 y 81 TSLDCU) y que en la STS de 9 de mayo de 2013 se califica como un doble filtro de transparencia.

Como se ha indicado, al control de transparencia en su incorporación al que se refiere el artículo 7 LGCU se añade un doble filtro de transparencia al que se refiere la tanta veces mencionada STS de 9.5.2013 que sólo opera en las relaciones entre profesional y consumidor en los siguientes términos: “Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que "en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [..].
- b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido".

Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

En este segundo examen de control de transparencia, tal y como indica la STS 9 de mayo de 2013, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido, y en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.

En definitiva, como afirma el IC 2000 “el principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar sus decisiones con pleno conocimiento de causa”.

Sentado lo anterior, el TS concluye:

a) Que 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.

b) 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.

La transparencia por tanto, consiste en que el adherente conozca la carga tanto económica como jurídica del contrato celebrado. Así, la STS de 29 de abril de 2015 señala que, supone además que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles, y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es preciso que además sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de la cláusula le supondrá.

Así, esa falta de transparencia, conduce al control de abusividad. Como señala la STS 25 abril de 2015, “la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación”.

Esta interpretación es confirmada por la STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/2013) y STJUE de 23 de abril de 2015 (asunto C-96/2014). En el mismo sentido, se pronuncia la STS de 23 de diciembre de 2015.

Por su parte, el TS (STS 9 de mayo de 2013) ha sentado aquéllos criterios indicadores de falta de transparencia de una cláusula incorporada como una condición general de contratación.

- (i) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.

- (ii) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- (iii) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.
- (iv) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.
- (v) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.
- (vi) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad
- (vii) La cláusula recibe un tratamiento impropiaemente secundario de modo que el consumidor no percibirá su verdadera relevancia

b.- Análisis de la cláusula suelo en el presente supuesto

En el presente procedimiento, la cláusula cuya nulidad se solicita que se declare abusiva está redactada en los siguientes términos:

“Las partes convienen expresamente que cualquiera que fuere lo que resultare de la revisión del tipo de interés, el tipo aplicable de interés ordinario, así como el sustitutivo, en ningún caso será superior al 12,00 por ciento ni inferior al 2,75 por ciento²

En primer lugar, hemos de destacar que la redacción gramatical de esta cláusula es clara y comprensible, no planteando dudas acerca de su significado, luego supera el primer filtro o control de incorporación al contrato, conforme a la aplicación de lo dispuesto ut supra, en base a los artículos 5 y siguientes de la LCGC.

Presupuesto indispensable resulta verificar si dicha cláusula cumple con el doble control reseñado anteriormente. Por tanto, no es suficiente que la cláusula tenga en sí misma una redacción desde el punto de vista gramatical clara y comprensible, sino que es necesario que el consumidor haya tenido suficiente información sobre su existencia y

contenido a fin de que haya podido representarse la carga económica que para él representa el contrato de préstamo. Se trata de determinar si por ese déficit de transparencia se ha defraudado la expectativa que, a partir de la información suministrada por el empresario, se había representado el consumidor sobre el precio a abonar por la contraprestación que ha recibido.

En el caso concreto de la cláusula suelo, la abusividad no deriva, pues, de que en sí misma no sea clara y comprensible (ello afecta a la incorporación) sino si esa cláusula, por falta de transparencia, en su aplicación en el conjunto del contrato, implica una quiebra de las expectativas legítimas del consumidor sobre el tipo de interés que estimaba que estaba contratando: pensaba que contrataba un préstamo con interés variable (ya a la baja ya al alza) cuando solo podía serlo, llegado un momento, al alza, de manera que se distorsiona así el acuerdo económico que motivó el contrato.

Pues bien, en el presente supuesto, hemos de destacar, en primer lugar, que la Estipulación controvertida se ocupa de la regulación del tipo de interés pactado, estableciendo un primer período de interés fijo y un segundo período a interés variable consistente en el tipo de referencia adicionado en concretos puntos porcentuales. Se hace referencia como índice del interés variable al índice de referencia interbancaria a un año así como al índice conjunto de entidades si el préstamo está en modalidad “constante”, además de a un índice sustitutivo para el caso de falta de publicación de los respectivos índices.

Es en el apartado 1, in fine, de la Cláusula Tercera Bis donde se introduce un límite a la baja de la variabilidad del interés, que es la subcláusula aquí impugnada.

En este sentido, dicha limitación se incardina en un apartado diferente, no resaltado más que con el concreto porcentaje en negrita, pero ni en mayúsculas, ni de un modo que permitiera una identificación rápida por la parte prestataria. Por ello, no puede desconocerse que dicha limitación se inserta después de varias páginas dedicadas al tipo de interés pactado, en el que se refleja que, a excepción del primer período a tipo fijo, el resto del préstamo se pacta a interés variable. Ello implica que dicho límite se encuentra inserto entre una multitud de datos financieros, creando la apariencia principal de que el tipo de interés pactado en la propia escritura es variable, -a

excepción del primer período-, cuando en realidad lo que en realidad se está pactando es un tipo de interés fijo.

Así, podemos decir que la cláusula se encuentra inserta en una abrumadora cantidad de datos financieros que hace que la propia ubicación y redacción de la cláusula impugnada, quede enmascarada entre todos estos datos diluyendo así la atención del consumidor, propiciando una falta de información suficiente a la prestataria del tipo de interés que en realidad están pactando. Esto da lugar a la creación de una apariencia por parte de la entidad demandada de que la prestataria está pactando un contrato de préstamo a interés variable, cuando en realidad, lo que está suscribiendo es un préstamo hipotecario a interés fijo a la baja.

Asimismo, no consta que la entidad demandada facilitara ningún tipo de explicación a la prestataria de qué significado tiene la inclusión de dicha cláusula, ni de cuáles son los efectos económicos derivados de la aplicación de la misma que evidencien el comportamiento previsible del tipo de interés pactado.

Por todo lo expuesto, cabe concluir que, si bien la cláusula impugnada supera el control de incorporación, no supera el control de transparencia por los siguientes motivos:

- a) Inclusión de la misma en una multitud de datos financieros que conllevan a inducir a la prestataria de que el tipo de interés pactado en la escritura es variable.
- b) Tratamiento de dicha cláusula con carácter secundario que impide a la prestataria concebir su verdadera relevancia.
- c) Carencia de información suministrada por la entidad financiera a la prestataria sobre la aplicación y consecuencias económicas de la cláusula.

Por todo lo anterior, puesto que la cláusula no supera el doble control de transparencia, ello conlleva a la abusividad de la misma, por cuanto implica un desequilibrio entre los derechos de las partes (STS 25 de abril de 2015, *ut supra*). Esto supone que la misma deberá ser expulsada del contrato, ex art. 83TRLGCU, subsistiendo la vigencia del mismo, en todo lo no afectado por dicha cláusula.

c.- Consecuencias de la declaración de nulidad.

La declaración de nulidad de una cláusula y su expulsión del contrato responde a una finalidad restitutoria, consistente en el restablecimiento de la situación inmediatamente anterior a dicha cláusula eliminando así cualquier escenario de desequilibrio existente entre las partes. El artículo 1303 CC regula las consecuencias de la institución de la nulidad al establecer que, 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. Conviene destacar que dicha obligación de restituir es el efecto propio de la declaración de nulidad que, en el caso que nos ocupa, habría de efectuarse incluso de oficio por tratarse de una relación de consumo.

Consecuentemente, la entidad demandada deberá proceder a la devolución de lo pagado de más por la prestataria en aplicación de dicha cláusula desde la fecha del primer pago, con los intereses que corresponda aplicar.

TERCERO.- Intereses.

Las cantidades objeto de condena de la presente resolución se incrementarán en el interés legal correspondiente, desde el momento de su pago por la parte prestataria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1303 CC.

La fecha desde la que deben ser computados los mismos es la de pago de los intereses indebidamente exigidos, esto es, desde que se hicieron cada uno de los pagos, no la de la reclamación judicial o extrajudicial, porque el deber de restituir principal e intereses no responde al instituto de la mora en el cumplimiento de las obligaciones, sino al de la reversión de los efectos del contrato, y al de la evitación del enriquecimiento injusto por una de las partes contratantes, siendo los intereses frutos civiles por todo el tiempo del que se disfruta del dinero ajeno indebidamente (STS, Sala Primera, de 12 de noviembre de 1.996, STS, Sala Primera, número 81/2003, de 11 de febrero, STS, Sala Primera, 251/2005, de 22 de febrero, STS, Sala Primera, número 460/2009, de 30 de junio, y STS, Sala Primera, número 605/2010, de 4 de octubre).

En cuanto su forma de determinación, dispone el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que “1. Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética.

2. En los casos a que se refiere el apartado anterior, la sentencia de condena establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas, o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución.”

En el presente caso es evidente que las bases con arreglo a las cuales se ha de efectuar la liquidación es aplicar a las mensualidades en que rigió la cláusula anulada (aquellas en que el índice de referencia era inferior a la limitación impuesta) el índice de referencia vigente para aquella mensualidad, suprimiendo al limitación a la baja del mismo. La diferencia entre lo abonado y la cantidad resultante es lo que habrá de ser objeto de devolución, incrementado con el interés legal del dinero.

En cuanto al momento para efectuar la liquidación, si bien es cierto que el artículo 219 parece derivarlo a ejecución de Sentencia, no parece acorde con su finalidad excluir la posibilidad de que firme que sea la Sentencia, y sin necesidad de obligar a las partes a acudir a un procedimiento de ejecución, se proceda a dicha liquidación en el seno del presente procedimiento declarativo, por la vía incidental de liquidación de intereses.

Por otro lado, el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que toda Sentencia o resolución que condena al pago de una cantidad de dinero liquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto entre las partes o por disposición especial de la ley.

Por ello, la cantidad que debe satisfacer el demandado, al no existir pacto entre las partes o disposición legal especial que otra cosa establezca, la misma devengará los intereses de mora procesal del artículo 576 de la LEC, es decir, el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta su total y completo pago.

CUARTO.- Costas.

En materia de costas, al tratarse de un supuesto de estimación total de las pretensiones de la parte actora, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 394.1 LEC, que establece su imposición a la parte demandada

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora D^a. Cayetana de Zulueta, Luchsinger en nombre y representación de _____, contra **BANCO SABADELL, S.A.** representado por el Procurador Don _____, y, en consecuencia, y en relación con la Escritura de Préstamo Hipotecario suscrita entre las partes en fecha 3 de enero de 2006:

1.- Declaro la Nulidad de la Cláusula Financiera Tercera Bis 3, relativa a tipos de interés variable, subsistiendo la vigencia del contrato en todo lo no afectado por la declaración judicial de nulidad.

2.- Condeno a Banco Sabadell, S.A. a abonar a la parte actora la cantidad indebidamente abonada por la prestataria, resultando su cuantía de la diferencia existente entre las cuotas abonadas en aplicación de dicha cláusula “suelo” y las que resulten de suprimir la misma, aplicando el tipo de referencia más el diferencial previstos en la escritura, y cuya determinación efectiva deberá producirse en ejecución de Sentencia, una vez adquiera firmeza, con sus correspondientes intereses legales desde la fecha de cada cobro y hasta su completa satisfacción.

3.- Condeno a Banco Sabadell , S.A. a recalcular y rehacer, con exclusión de la condición general de la contratación relativa a la fijación del límite mínimo del tipo de interés variable (cláusula “suelo”), los cuadros de amortización del préstamo hipotecario suscrito con la demandante, contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado desde la fecha de formalización de la escritura.

4.- Impongo a Banco Sabadell, S.A. el pago de las costas procesales derivadas de este procedimiento.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y cabe recurso de apelación que se interpondrá ante este Juzgado en el plazo de los 20 días siguientes a su notificación, el cual será resuelto por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

El/la Juez/Magistrado/a Juez

PUBLICACIÓN: Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión a autos. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.