



Roj: **SJM B 254/2013 - ECLI: ES:JMB:2013:254**

Id Cendoj: **08019470052013100001**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Barcelona**

Sección: **5**

Fecha: **17/06/2013**

Nº de Recurso: **106/2012**

Nº de Resolución: **88/2013**

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **DANIEL IRIGOYEN FUJIWARA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Juzgado Mercantil 5 Barcelona

Gran Via de les Corts Catalanes, 111

08075 Barcelona

Procedimiento Procedimiento ordinario 106/2012 Sección 3ª

Parte demandante Eugenio y Carla

Procurador JESÚS DE LARACIDONCHA

Parte demandada BANCO DE SABADELL, S.A.

Procurador MARTA PRADERA RIVERO

**SENTENCIA n° 88/ 2013**

En Barcelona, a 17 de junio de 2013.

Vistos por mí, Daniel Irigoyen Fujiwara, Magistrado-Juez del Juzgado Mercantil n° 5 de Barcelona los autos de juicio ordinario n° 106/12 seguidos a instancia de la representación de Eugenio y Carla contra BANCO SABADELL S.A., resultan los siguientes

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. Las presentes actuaciones se iniciaron por demanda interpuesta por la parte actora. Admitida a trámite, se acordó dar traslado de la misma a la parte demandada, con las prevenciones legales de rigor para que la conteste en el plazo de veinte días hábiles.

SEGUNDO.- La demandada contestó en tiempo y forma y por providencia se citó a las partes para el acto de la audiencia previa, para el cumplimiento de los fines previstos en el art. 414 y siguientes de la LEC .

TERCERO.- Celebrado el acto de la audiencia previa, y una vez admitida la prueba propuesta, con el resultado que es de ver en el acta levantada al efecto, se citó a las partes para el acto del juicio.

CUARTO.- El día indicado se celebró el acto del juicio con comparecencia de la parte actora y de la demandada, en el que tras practicarse las pruebas se declararon los autos conclusos para sentencia.

QUINTO.- Por providencia se citó a las partes a una comparecencia oral a fin y efecto de "someter a las partes todos los factores que pueden incidir en la declaración de abusividad de la **cláusula** o **cláusulas** eventualmente nulas, a fin de facilitarles la defensa de sus intereses (...)" (f. 126 STS Pleno sala de lo Civil de 9 de mayo de 2013 ) en relación con las facultades de intervención de oficio de los jueces civiles en el control de las **cláusulas** abusivas incluidas en las condiciones generales de contratos de adhesión en los que intervengan consumidores, facultad judicial reconocida por el TJUE desde la STJCE de 27 de junio de 2000 (asuntos acumulados C-240/98 , C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98, caso Océano- Murciano Quintero).



Habiendo tenido lugar y no proponiéndose prueba por las partes quedaron definitivamente los autos conclusos para sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda y la contestación.

1.- La representación de Eugenio y Carla interpuso demanda de juicio ordinario contra BANCO SABADELL S.A. pretendiendo:

(i) que se declare la nulidad por tener el carácter de **cláusula** abusiva de la condición general de la contratación denominada **cláusula suelo** inserta como **cláusula** financiera Tercera Bis en el préstamo con garantía hipotecarla de 3 de febrero de 2000.

(ii) condene a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general del contrato de préstamo hipotecario.

(iii) condene a la demandada a la devolución al prestatario de la cantidad de 7.005,72 euros, importe cobrado hasta la fecha de la demanda cobrada en virtud de la aplicación de la referida **cláusula**, con sus intereses legales devengados y las que se hayan pagado con posterioridad hasta la resolución definitiva del pleito.

(iv) Condene a la demandada a abonar el interés del art. 576 LEC .

(v) Condene en costas a la parte demandada.

En síntesis, siendo consumidores y estando en presencia de una condición general de la contratación tal y como se define en el art. 1 L. 7/98, alega que la **cláusula suelo** es abusiva con fundamento en la LCGU y en concreto por ocasionar en su perjuicio un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato.

2.- BANCO SABADELL se opuso a la demanda alegando:

(i) Excepción de litispendencia, desestimada en la audiencia previa.

(ii) El pacto de limitación de la variación del tipo de Interés (la **cláusula suelo**) no es una condición general de la contratación en el sentido del art. 1 L 7/98 y es un elemento esencial del contrato al formar parte del precio. Por ello no está sometido al control de contenidos abusivos del art. 8 RDL 1/2007 .

(ii) No es una **cláusula** abusiva ni desproporcionada. Esto es, no causa en contra de las exigencias de la buen fe y en perjuicio de los demandantes un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones en contra del art. 82.1 RDL 1/2007 .

(iii) la parte prestataria estuvo debidamente informada de la **cláusula** impugnada.

SEGUNDO.- Cuestiones previas resultantes de la STS Pleno Sala de lo Civil de 9 de mayo de 2013 .

3.- La Sala de lo Civil en Pleno del TS ha dictado la Sentencia de 9 de mayo de 2013 que viene a resolver muchas de las cuestiones que han planteado las partes litigantes.

4.- Así, respecto de si la **cláusula-suelo** es o no una condición general de la contratación en los términos que define el art. 1 LEY 7/1998, BANCO SABADELL a fin de escapar del control de abusividad defiende que la **cláusula suelo** no es una **cláusula** predispuesta ni impuesta.

5.- La STS del Pleno de la S.1 de 13 de mayo de 2013 da cumplida respuesta afirmando terminantemente su naturaleza de condición general de la contratación y no constato motivos en la causa para apartarme de ella. Así, en el f. 144 se expone:

a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una **cláusula** contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.

b) El conocimiento de una **cláusula** -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias - singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.

c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.

6.- En lo tocante al requisito de la imposición de una condición contractual, el Pleno concluye en el f 165 que:



- a) La prestación del consentimiento a una **cláusula** predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha **cláusula** o debe renunciar a contratar.
- b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.
- c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de **cláusula** no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.
- d) La carga de la prueba de que una **cláusula** prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.

7.- Otra cuestión y que viene a incidir directamente en la causa petendi de la demanda del consumidor es si la mencionada condición general causa o no en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio de los demandantes un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones infringiendo el art. 82.1 RDL 1/2007. Vinculada a esta cuestión está la relativa a si la **cláusula suelo** al referirse a un elemento esencial del contrato (el precio) puede o no someterse a dicho control de equilibrio.

Otra vez el TS en la citada sentencia da cumplida respuesta y a ella me atengo. Así, según el TS las **cláusulas suelo** forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato al cumplir una función definitoria o descriptiva esencial al consistir en un "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio" (p. 188 a 190). Ahora bien, ello no impediría en hipótesis que dicha condición general pueda ser sometido a control de contenido, esto es, que se declare abusiva ( TJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08 , apartado 40).

Sin embargo, con cita en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, el Pleno del TS concluye (p. 196) que como regla en la **cláusula suelo** no cabe el control del equilibrio de las "contraprestaciones", de tal forma que no cabe un control de precio.

La demanda debería ser desestimada en tal punto en aplicación de la doctrina jurisprudencial sentada por el Pleno del TS.

8.- Ahora bien, las circunstancias de que la parte actora son consumidores y que el contrato de préstamo es un contrato de adhesión en el que la entidad financiera fue predisponente me obliga a realizar una fiscalización de oficio de las **cláusulas** abusivas, cualquiera que fuera el argumento esgrimido por las partes. De igual modo procede el TS en la repetida sentencia.

En efecto, la Sentencia TJUE de 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11 y doctrina que la precede proclama en estos casos la necesidad de una intervención positiva del Juzgado ajena a las partes del contrato (ap. 21) para apreciar de oficio el carácter abusivo de una **cláusula** contractual (ap. 22) tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (ap. 23).

A fin de preservar los principios fundamentales del proceso como la congruencia, la contradicción, el derecho de defensa, la mencionada Sentencia del TJUE en su ap. 29 a 31 y el TS en la sentencia de 9 de mayo de 2013 recuerdan la necesidad de las partes tengan conocimiento y puedan debatir de forma contradictoria los elementos tanto de hecho como de Derecho decisivos para la resolución del procedimiento.

Al respecto se cumplió con la exigencia de contradicción exigida por la jurisprudencia del TJUE y del TS mediante la comparecencia oral celebrada el día 3 de junio.

9.- Por consiguiente, si bien la demanda no puede ser estimada sobre la base de los fundamentos que alega (en síntesis, la falta de equilibrio o reciprocidad), ello no, impide que se analice la denominada **cláusula suelo** de conformidad con la jurisprudencia comunitaria y la STS de 9 de mayo de 2013 que informa de la técnica a aplicar para resolver si es o no aplicable. Esto es, según el f. 197 "que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone".

TERCERO.- La resolución.

10.- Al estar en presencia de una condición general, un primer control a realizar es el de incorporación en los términos del art. 5 y 7 L 7/98.

Una forma de superar este control es según el f. 202 de la citada STS de 9 de mayo el cumplimiento de la OM de 5 de mayo de 1994 ("(...)garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC



para la incorporación de las **cláusulas** de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor").

11.- En el presente caso de autos, no era de aplicación dicha OM al superar los 150.000 euros el capital prestado.

Considero que se cumple con los requisitos de incorporación del art. 5.5 y 7 L..7/98 (transparencia, claridad, concreción y sencillez) por el propio redactado de la **cláusula** Tercera Bis que en negrita y subrayado expone que "sigui el que sigui que resulti de la revisió del tipus d'interés, el tipus aplicable en cap cas no será superior al 12% ni inferior al 3,75%".

12.- El que se cumplan los requisitos para que la **cláusula** quede incorporada al contrato no determina con ello que finalice el análisis en caso de contratos con consumidores y usuarios, como es el caso de autos.

Es necesario llevar a cabo un segundo análisis o control de transparencia a fin de constatar 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" (f. 211). Es decir, "Las **cláusulas suelo** son lícitas siempre que 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"(f. 256) sin que sea"(...) preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como **suelo** y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-" (f. 257). En fin, es un "control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato" (f. 215b).

13.- El TS indica unos parámetros para dicho control. Son unos indicios o hechos que de concurrir pueden permitir apreciar esa comprensión real del consumidor de que la **cláusula suelo** forma parte del precio (elemento esencial del contrato) y su trascendencia económica. Como aclaró el auto de 3 de junio de 2013: "las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas **cláusulas** analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la **cláusula** a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo".

En sustancia, debe concluirse que el consumidor comprende que contrata un préstamo con un tipo de interés mínimo fijo del que no se beneficiará en un futuro de las bajadas del tipo de referencia. En tal caso, la **cláusula suelo** sería lícita.

14.- B. SABADELL alegó en fa comparecencia que no podía acreditar ninguna de las circunstancias expuestas en el f. 225 de la STS de 9 de mayo de 2013 :

a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las **cláusulas** techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

15.- En el caso, no se trata simplemente de que la **cláusula** es muy sencilla en su expresión: "sigui el que sigui que resulti de la revisió del tipus d'interés, el tipus aplicable en cap cas no será superior al 12% ni inferior al 3,75%".

Es un indicio o dato que ayuda a apreciar que el consumidor tiene una comprensión de lo que está contratando, pero insuficiente en sí mismo si no va acompañado de otros datos o indicios como los señalados por el TS o cualesquiera otros que aporte la parte. Por el simple formulismo o redacción de la **cláusula** y que le permite superar el control de incorporación no se puede deducir sin más el perfecto conocimiento de la **cláusula**, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente.



En un préstamo a devolver en 30 años es necesario que la entidad financiera acredite que el consumidor comprendió o entendió la dimensión del precio que iba a pagar. Como dice el f. 218 "La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas".

Resulta que examinada la **cláusula** Tercera Bis, la **cláusula suelo** aparece conjuntamente con la **cláusula** techo o tipo máximo de interés, un 12%, algo absolutamente irreal e imposible y que únicamente puede servir de señuelo para influir en el consentimiento del consumidor convencido de una apariencia de contraprestación a su favor (el techo frente al **suelo**, contraprestación que por los tipos pactados -3,75% a cambio de un 12%- es absolutamente ficticia o directamente engañosa).

Es de aplicación el f. 224 "Lo elevado del **suelo** hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo -recordemos que el BE indica que "estas **cláusulas** se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas"-, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza".

Resulta que no hay constancia de que B. SABADELL hubiera dado a dicha **cláusula** la importancia decisiva que tiene para la economía del contrato, teniendo en cuenta que no basta una redacción clara de la **cláusula**. Es de aplicación el f. 221 "Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una **cláusula** definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropio secundario, habida cuenta de que las **cláusulas** "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la **cláusula**, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato".

Resulta asimismo -es admitido- que no hay prueba alguna de que hubiera simulaciones y no se trata, como alegó B. SABADELL, de que sí las hubieran hecho en el momento de contratar hubieran salido en el sentido de que no hubiera bajado el tipo de referencia constituyendo, a la postre, un engaño incluso dolo penal al consumidor a la vista del desplome del tipo (Euribor) en estos últimos años, algo imprevisible. Se trataba sencillamente de ofrecer al consumidor simulaciones de subidas y de bajadas del tipo, ficticias, probables o improbables, para que entendiera el juego y operatividad de la **cláusula suelo** en el contrato o, insisto, que comprendiera estaba contratando un préstamo con un tipo de interés mínimo fijo y que no se beneficiará en un futuro de las bajadas del tipo de referencia.

Resulta igualmente que la **cláusula suelo** se inserta en una maraña de información sobre los intereses. La **cláusula suelo** se mezcla con el diferencial y no tiene autonomía alguna. Está en una **cláusula** tercera Bis, algo impropio y secundario cuando es determinante de la economía del contrato y que", en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado 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" (f 212).

En suma, en el caso se comprueba que no hay prueba alguna de que B. Sabadell incidiera en la **cláusula suelo** en su negociación con el consumidor, para que éste fuera perfectamente cabal de lo que estaba contratando y en fin de cómo iba a devolver el préstamo.

CUARTO.- Consecuencias de la nulidad de la **cláusula suelo**.

16.- La falta de transparencia es determinante de abusividad y por ende de nulidad de la **cláusula**, no del contrato.

La **cláusula suelo** no transparente del caso es nula sin posibilidad -se señala expresamente- de que el Juez efectúe una integración o reconstrucción equitativa del contrato, pues ello se opondría al Derecho comunitario ( STJUE 14 de junio de 2012 , Banco Español de Crédito).

17.- En cuanto a las consecuencias de esta nulidad, B. Sabadell rechaza la aplicación del art. 1303 CC y concordantes que obligaría a devolver lo indebidamente percibido. Para ello, invoca la propia doctrina de la STS de 9 de mayo de 2013 que declara la irretroactividad de los efectos de la nulidad.

18.- Considero que dicha irretroactividad no es aplicable al caso de autos. No concibo la STS de 9 de mayo de 2013 como un único cuerpo dogmático que deba aplicarse en todos sus extremos. Si bien los criterios del Alto Tribunal los he aplicado en su integridad para declarar la abusividad de la **cláusula**, ello no me obliga a aplicar el criterio relativo a los efectos consecuentes de la nulidad por las siguientes razones:

-Porque la propia sentencia en sus f. 298 a 300 niega la eficacia ultrapartes de la irretroactividad que decreta de los efectos de la declaración de nulidad.





-Porque en el caso resuelto por el TS no se ejercitó una acción de condena a las partes demandadas, como en el caso de autos. Se ejercitaba un acción colectiva de cesación cuyos efectos se proyectan exclusivamente hacia el futuro diferente a la que se dilucida en autos.

-Porque en el caso de autos, por la dimensión de la reclamación, no se quiebra ni se pone en riesgo la seguridad jurídica en el entendido de conservar los efectos ya consumados y que no se produzcan trastornos graves con trascendencia para el orden público económico. No concurren los motivos ni las causas para aplicar la doctrina excepcional de irretroactividad de los efectos de una **cláusula** nula.

-Porque el art. 1303 CC resulta de aplicación al caso en que se declara la nulidad sin que una sentencia judicial pueda abrogar o derogar la Ley. No hay tampoco laguna legal que integrar e, insisto, en el presente caso por definición no concurre la excepcionalidad manifestada por el TS al conocer de una acción colectiva. En suma, en el caso concreto, la devolución de lo cobrado indebidamente en virtud de una **cláusula** nula es efecto legal imperativo e insoslayable.

19.- En definitiva, una vez que ha sido declarada la nulidad de la **cláusula suelo**, deben restituirse las prestaciones derivadas de dicha nulidad tal y como recoge el artículo 1.303 del Código Civil . Es procedente estimar la acción de condena dineraria ejercitada por la actora.

QUINTO.- Costas.

No es procedente la condena en costas por las dudas de derecho que fueron disipadas por el TS en su S. de 9 de mayo de 2013 y por las que todavía existen en materia de efectos.

## FALLO

ESTIMO LA DEMANDA interpuesta por La representación de Eugenio y Carla contra BANC SABADELL S.A. por lo que:

(i) declaro la nulidad por tener el carácter de **cláusula** abusiva de la condición general de la contratación denominada **cláusula suelo** inserta como **cláusula** financiera Tercera Bis en el préstamo con garantía hipotecaria de 3 de febrero de 2000.

(ii) condeno a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general del contrato de préstamo hipotecario.

(iii) condeno a la demandada a la devolución al prestatario de la cantidad de 7.005,72 euros, importe cobrado hasta la fecha de la demanda cobrada en virtud de la aplicación de la referida **cláusula**, con sus intereses legales devengados y las que se hayan pagado con posterioridad en aplicación de la **cláusula** declarada nula.

(iv) Condeno a la demandada a abonar el interés del art. 576 LEC .

(v) No es procedente la condena al pago de las costas causadas.

Contra esta sentencia cabe recurso de apelación en el plazo de 20 días.

Así, por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo, Daniel Irigoyen Fujiwara, Magistrado del Juzgado Mercantil nº 5 de Barcelona.

PUBLICACIÓN: la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Sr. Magistrado que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, en su sala de despacho, doy fe.