

LAURA RUBERT RAGA	Referencia	0238/15
Cliente		
Letrado	JULIO BARCELO AFONSO	
Procedimiento	468/15 MERCANTIL 3 DE VALENCIA	
Notificación	10/06/2016	Resolución 08/06/2016
Procesal		

## JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 3 VALENCIA

Avenida DEL SALER, 14 5º-ZONA ROJA  
TELÉFONO: 96.192.90.39

N.I.G.: 46250-66-2-2015-0001645

**Procedimiento: Asunto Civil 000468/2015**

**PARTE DEMANDANTE:** F

**Abogado:** JULIO BARCELO AFONSO y JULIO BARCELO AFONSO

**Procurador:** RUBERT RAGA, LAURA y RUBERT RAGA, LAURA

**PARTE DEMANDADA** BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

**Abogado:** DEMETRIO MADRID ALONSO

**Procurador:** SANCHO GASPAR, GONZALO

## SENTENCIA Nº 194/16

En Valencia, a ocho de junio de dos mil dieciseis

D<sup>a</sup>. Maria del Mar Fernandez Barjau, Juez sustituta del Juzgado de lo Mercantil número Tres de Valencia y su provincia; habiendo visto los presentes autos de juicio ordinario número 468/15, promovidos a instancia de

representados por la Procuradora D<sup>a</sup>. LAURA RUBERT RAGA y asistidos por el Letrado D. Julio Barceló Alfonso, contra BANCO POPULAR ESPAÑOL SA., representado por el Procurador D. GONZALO SANCHO GASPAR y asistido por el Letrado D. Demetrio Madrid Alonso, en ejercicio de acción de nulidad de condiciones generales de la contratación; en base a los siguientes

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la mencionada parte actora, en fecha 23/04/15 se interpuso demanda de Juicio Ordinario contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, poniendo de manifiesto que para adquirir una vivienda, y en su condición de consumidores, los actores suscribieron con la demandada en fecha 10/08/04 un préstamo hipotecario por 133.000 € de principal, 300 cuotas mensuales de amortización, entre cuyas clausulas financieras, les fueron impuestas, sin su conocimiento ni consentimiento, el IRPH Entidades como índice de referencia para la fijación del tipo de interés variable, así como un límite mínimo a la variabilidad (o clausula suelo) del 3,50%; sin ningún tipo de información previa por parte de la prestamista, incumpliendo la obligación de informar impuesta en la OM de 5/05/94, así como la buena fe en la práctica bancaria, en perjuicio del consumidor, y con beneficio exclusivo para la prestamista; solicitando en base a los hechos y fundamentos jurídicos expuestos, y conforme a la doctrina fijada por la STS de 9/05/13 y por vulneración de normas imperativas ex art. 6.3 C.Civil, en relación con los arts. 80, 82, 83, 87 y 89 del TRLGDCU, art. 1 y 8 LCGC, arts 5 y 6 de la Directiva 93/13/CEE de 5/04/13, que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de tales condiciones generales de

la contratación, condenando a la entidad demandada a devolver a los actores las cantidades abonadas en exceso por aplicación del índice RRPB Entidades y de la cláusula suelo, desde la STS de 9/05/13, con los correspondientes intereses, y el pago de costas.

Por Decreto de fecha 5/05/15, se admitió a trámite la demanda, acordándose sustanciarla por las reglas del Juicio Ordinario, y tras la cumplimentación de los trámites y requisitos legalmente exigidos por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, se emplazó a la parte demandada a través de carta certificada con acuse de recibo.

**SEGUNDO.-** En fecha 5/06/15, la parte demandada debidamente representada y asistida, se personó en autos, presentando escrito de contestación, en el que invocaba la excepción de defecto en el modo de proponer la demanda por indeterminación de la cuantía reclamada, conculcando el art. 219 LEC; oponiéndose seguidamente al fondo de la cuestión litigiosa, por no ser las cláusulas impugnadas condiciones generales de la contratación, en tanto que fueron negociadas individualmente con los prestatarios; defendiendo la validez de las mismas al superar los estándares informativos exigidos por la STS de 9/05/13 para el control de inclusión y transparencia, habiéndose entregado previamente la oferta vinculante a la parte actora que suscribió el contrato estando conforme con las cláusulas impugnadas entendiendo totalmente su significado y alcance; rechazando la posibilidad de enjuiciar su abusividad por tratarse de cláusulas que definen el objeto principal del contrato; postulando finalmente la irretroactividad de los efectos de la nulidad pretendida; interesando por todo ello, que se sobresea el procedimiento y subsidiariamente se desestime la petición de condena por vulnerar el art. 219 LEC; y se dicte una sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda presentada de contrario, y subsidiariamente, para el caso de estimarse la demanda, que se declare el efecto no retroactivo de la nulidad, sin obligación de devolver las cantidades abonadas por la parte actora; con expresa condena en costas a la parte actora en todo caso.

Por diligencia de ordenación de fecha 10/06/15, se tuvo por contestada la demanda, y se convocó a las partes a una audiencia previa, de conformidad con el artículo 414.1 de dicho Texto Legal, y con la finalidad prevista en dicho precepto, señalándose para que tuviera lugar el día 23/11/15.

**TERCERO.-** La audiencia previa, se celebró el día señalado, con la concurrencia de ambas partes debidamente representadas y asistidas. Abierto el acto, y comprobada la subsistencia del litigio entre las partes, pese a haber sido exhortadas para llegar a una avenencia, sin lograrse el mismo, los litigantes ratificaron sus respectivos escritos de alegaciones, haciendo las aclaraciones que tuvieron por conveniente. Tras contestar la parte actora a la excepción procesal formulada de contrario, por S.S<sup>a</sup>. se desestimó el defecto legal en el modo de proponer la demanda, ordenando la continuación del proceso.

Las partes no impugnaron la autenticidad de los documentos presentados de contrario, sin perjuicio del valor probatorio.

Tras delimitar los hechos y cuestiones controvertidos, las partes propusieron la prueba que tuvieron por conveniente que fue admitida salvo el interrogatorio del Banco de España propuesta por la demandante y la testifical del Sr. Tomas Roig propuesta por la demandada; señalándose finalmente el día 14/04/16 para la celebración del acto del juicio.

**CUARTO.-** Llegado dicho día señalado, concurrieron en legal forma ambas partes. Abierto el acto del juicio, se practicó con la debida contradicción el interrogatorio del testigo D. Juan [redacted], con el resultado que obra en el soporte audiovisual grabado al efecto.

Finalmente, las partes formularon sus conclusiones en los términos que tuvieron por conveniente, declarando las actuaciones concluidas para sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En primer lugar, debe enjuiciarse si las dos cláusulas impugnadas (IRPH Entidades como índice de referencia y cláusula suelo del 3,5%), constituyen o no condiciones generales de la contratación, al cuestionar la demandada tal extremo, postulando en la contestación que fueron negociadas con la parte actora.

La Ley de las Condiciones Generales de la Contratación, que establece en su art. 1 que "son condiciones generales de la contratación las Cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos". De esta definición, la STS de 9/05/2013 en sus puntos 137 y 138 explican los requisitos que se requieren para considerar que estamos ante una condición general de la contratación: "137. La exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes: a) Contractualidad: se trata de "Cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión. b) Predisposición: la Estipulación ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión. c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la Estipulación. d) Generalidad: las Cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse. 138. De otro lado, para que una Estipulación contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante: a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor -la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que "la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual", y que "[l]as condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores".

En cuanto a la imposición, esta se produce cuando, hay una predisposición de la cláusula (art. 1 LCGCG) y se obliga al consumidor a asumir la cláusula, dándose tanto cuando éste no la conoce, como cuando conociéndola debe de aceptarla para poder obligarse en el resto del contrato (puntos 143 y 144 b) STS 9/05/2013). El elemento clave es la no negociación individual (puntos 148, 149 y 150 de la STS 9/05/2013), y se considera por parte del Tribunal Supremo el carácter de hecho notorio la predisposición y

la imposición, sin perjuicio de la carga de la prueba por parte del empresario en interpretación del Art. 82-2 TRLCU 1/2007 y art. 3.2 Directiva 93/13/CEE (puntos 153 a 160 de la STS 9/05/2013); concluyendo por todo ello, en el punto 165 de la mencionada sentencia que: "a) La prestación del consentimiento a una Estipulación 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 Estipulación 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 Estipulación 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 Estipulación 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."

En el presente caso, la entidad demandada afirma que las cláusulas financieras fueron negociadas individualmente con el prestatario, que influyó en su contenido; pero no aporta ninguna documental que adviera la existencia de una negociación previa, reflejando las concretas condiciones propuestas y/o asumidas por la parte prestataria. La oferta vinculante adjuntada como doc. 2 de la contestación, está redactada unilateralmente por la entidad demandada, apareciendo simplemente la firma de los prestatarios al pie del mismo, careciendo por tanto de relevancia en orden a acreditar cualquier intervención de los actores en la confección del documento y en el contenido de las condiciones expuestas en el mismo. Para cumplir su carga probatoria, solo propone al empleado de la oficina bancaria que intervino en la operación litigiosa, Sr. Bonora Gimeno, quien, en su interrogatorio practicado en el acto del juicio, no pudo detallar el contenido de las conversaciones mantenidas con el actor por no recordar la operación más que vagamente, pero sí afirmó que Banco Popular solía indexar los préstamos al IRPH por considerarlo más beneficioso en tanto menos variable, aclarando a continuación que sin la cláusula suelo y sin el índice IRPH no se habría firmado el préstamo, pues en esos años y durante dos años más, todos los préstamos llevaban tales cláusulas.

De la prueba practicada en autos, se desprende claramente que los prestatarios no negociaron con la prestamista las cláusulas litigiosas (índice de referencia y límite mínimo a la variación del tipo de interés), careciendo de toda capacidad para influir en su contenido, tratándose por tanto de condiciones generales de la contratación.

**SEGUNDO.-** Una vez determinada que las cláusulas litigiosas son condiciones generales de la contratación, siguiendo el orden expositivo de la STS de 9/05/13, debe valorarse si en su inclusión en el contrato, la entidad prestamista cumplió sus deberes de información, superando el doble control de inclusión y transparencia en los términos expuestos por la STS de 9/05/13; es decir si comprobó que la información facilitada, y en los términos en los que se facilitaba, cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, exigidas por el art. 7 LCGC. Este control previo o de incorporación, exige no solo la superación de los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez de la LCGC (arts. 5 y 7) y de la información escrita y tiempos contemplados en la OM de 5/05/94, sino también de los requeridos en el art. 80 TRLCU de concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, de accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido, al ser el actor un consumidor.

La STS de fecha 9/05/13 tras analizar el control de la transparencia de las condiciones generales de la contratación incorporadas a contratos con consumidores, concluye en el punto 215 que "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 nonegociada 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"; por lo que procede examinar si de la información facilitada, el consumidor pudo comprender realmente el alcance económico y jurídico de la cláusula.

En el presente caso, la entidad demandada aporta como doc. 2 la oferta vinculada firmada por los actores el 4/08/04, pero no acredita su efectiva entrega a los actores, ni haberles advertido de la existencia de condiciones generales de la contratación ni de su trascendencia, en tanto que definen la cantidad a pagar por el prestatario y por ende el objeto del contrato. La parte demandada, pese a incumbirle la carga de advertir a la parte prestataria sobre la existencia y alcance de las cláusulas delimitadoras del objeto del contrato, no aporta ninguna prueba al efecto, remitiéndose a la intervención del Notario autorizando de la operación y al tenor de la escritura pública de préstamo. La intervención del Notario no puede suplir la obligación legal de la entidad prestamista de informar al prestatario, no siendo la Notaría el lugar ni momento oportunos para que los consumidores sean informados del contenido y alcance de los contratos suscritos. El testigo interrogado en estas actuaciones, pese a no recordar con detalle las conversaciones con los clientes, manifiesta que se les informaría de las tres o cuatro cosas básicas del préstamo, que ningún cliente prestaba interés a la cláusula-suelo, solo atendían al tipo de interés, lo que evidencia que la prestamista no comprobó el efectivo conocimiento por parte del cliente de la existencia de una cláusula suelo y que el tipo variable estaba referenciado al IRPH Entidades; pese a la trascendencia de tales condiciones en orden a configurar la prestación económica del prestatario.

En las presentes actuaciones tampoco consta acreditado que la entidad financiera facilitara al consumidor simulaciones sobre previsible evolución del IRPF, ni información sobre otros productos similares (indexados al Euribor), detallando los costes comparativos de las distintas opciones, ni ejemplos de la aplicación del suelo impuesto; impidiendo con ello a los actores tomar una decisión suficientemente informada sobre la opción más conveniente a su situación económica. No advirtiendo la entidad demandada de la trascendencia de tales cláusulas en orden a la determinación de su obligación económica debe concluirse que la incorporación de las cláusulas litigiosas al préstamo hipotecario de 10/08/04, suscrito entre las partes no supera las exigencias de transparencia fijadas por la doctrina jurisprudencial en las STS de fecha 9/05/13 y 8/09/14 entre otras, debiendo por tanto declarar su nulidad.

A tal efecto cabe traer a colación la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo nº 705/15 de fecha 23/12/15 que reitera su doctrina, señalando que: *"Como recordamos en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo, ya dijimos en la previa 241/2013 que este doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, «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». Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, «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». Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación -en adelante, LCGC). 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. El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad («la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»), porque 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. 3.- Las citadas sentencias de esta Sala han basado dicha exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia "documental" verificable en el control de inclusión (arts. 5.5 y 7 LCGC), en los arts. 80.1 y 82.1 TRLGCU, interpretados conforme al art. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE; y hemos citado a tales efectos lo declarado en la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb AG, respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer «de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste». 4. (...) Esta doctrina (expuesta en la STJUE de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C-26/13) ha sido reiterada en la posterior STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, cuyo párrafo 74 declara: «de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a

*la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 73)».*

**TERCERO.-** Habiéndose declarado la nulidad de las dos cláusulas litigiosas por falta de transparencia, debe determinarse a continuación los efectos de tal pronunciamiento declarativo, en los términos previstos en el art. 10 TRLGCU.

En primer lugar, debe destacarse que el préstamo hipotecario puede subsistir sin la cláusula suelo tal y como viene declarando la doctrina jurisprudencial, pero no sin índice de referencia, al constituir el núcleo esencial de la cláusula sobre el tipo de interés variable que constituye el objeto del contrato. Partiendo de que los préstamos bancarios son remunerados, la devolución del capital debe conllevar la inherente remuneración, a través del pago del interés pactado, que en el presente caso, es variable, determinado por el IRPH Entidades más un diferencial del 0,25% (sin perjuicio de las bonificaciones pactadas), tras un primer período de tipo fijo (al 2,75%) con un duración de un año (hasta el 10/08/05). La ineficacia de todo el préstamo como consecuencia de la nulidad del índice de referencia impuesto por la prestamista, supondría un grave perjuicio para el prestatario al tener que reintegrar, sin aplazamiento alguno, la totalidad del principal prestado (133.000 €). A tal efecto, el TRLGCU dispone en su art. 10-2 que la parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad, se integrará conforme al art. 1258 C.Civil, que remite a la buena fe, al uso y a la ley.

En tal sentido, la STS de 9/05/13 indica que: *“266. Por el contrario, cuando se trata de contratos en los que se han insertado condiciones generales nulas, la legislación especial contempla el fenómeno de la nulidad parcial y limita la declaración de nulidad a las condiciones ilícitas cuando, pese a su supresión, el contrato puede subsistir. A tal efecto, en el caso de acciones ejercitadas por los adherentes, el artículo 9.2 LCGC, dispone que “[I]a sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil”. (...) 268. La LCU, en su redacción original, también admitió que la nulidad de alguna o algunas de las cláusulas no negociadas individualmente no era determinante de la nulidad del contrato, al disponer en el artículo 10.4 que “[s]erán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo”. 269. La previsión de la norma nacional concordaba con lo previsto en la Directiva 93/13 cuyo vigésimo primer considerando indica que “[...] los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia” y que en el artículo 6.1 dispone que “[I]os Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor [...] las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”. 270. El artículo 10.bis LCU, introducido por la Disposición Adicional 1.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, modificó dicho régimen ya que, por un lado mantuvo*

la nulidad de las cláusulas y, por otro, tratando de restablecer el equilibrio interno del contrato admitió su integración. Así lo dispone el primer párrafo del artículo 83.2 TRLCU, a cuyo tenor "[l]a parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva". 271. Además, otorgó al juez facultades para inmiscuirse en el contrato y moderar su contenido. Así lo dispuso el segundo apartado del artículo 83.2 TRLCU, a cuyo tenor "[a] estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. 272. Finalmente, reservó la nulidad para supuestos en los que no era posible la reconstrucción equitativa "para ambas partes", al disponer en el párrafo tercero del propio artículo 83.2 TRLCU, que "[s]ólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato". 273. La posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato, ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE ya citada de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, apartado 73, a cuyo tenor "[...] el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva".

Tal criterio es reiterado en la STS 23/12/15, señalando que: "la sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13) ha negado la posibilidad del juez nacional de aplicar supletoriamente la normativa nacional, salvo para los casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligara al juez a anular el contrato en su totalidad en detrimento de la posición jurídica del consumidor, diciendo: «Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización». 5.- En este mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, al decir: «[l]a consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, lo que no es el caso de las cláusulas que establecen el interés de demora, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario».

La parte demandada, al contestar la demanda no interesa la nulidad de todo el contrato ni cuestiona la posibilidad de integrarlo, sustituyendo el IRPH Entidades por el Euribor, al valorarla como pretensión actora, pese a no constar expresamente en el suplico de la demanda ni en su cuerpo expositivo y fundamentos jurídicos.

Por todo lo expuesto, y atendiendo a los usos comerciales, en los que los préstamos hipotecarios concedidos por las entidades financieras suelen referirse al Euribor a un año, tratándose de un índice oficial actualmente subsistente, procede

eliminar del contrato litigioso hipotecario suscrito entre las partes en fecha 10/08/04 la clausula suelo, integrando la clausula sobre el índice de referencia, contenida en el punto 3.2.1. (pagina 15) de la Estipulación Tercera relativa a los Intereses, sustituyendo la referencia al "tipo medio de los prestamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre del conjunto de entidades de crédito" (conocido con IRPH Entidades) por la referencia al "Euribor a un año". Consecuencia de tal integración, supone la necesidad de efectuar un nuevo cuadro de amortización, aplicando como interés variable, el EURIBOR a un año con el diferencial pactado, con devolución de las cantidades abonadas en exceso por parte de los prestatarios, con los correspondientes intereses legales y procesales.

**CUARTO.-** Finalmente la parte demandada cuestiona la retroactividad de la nulidad de la clausula suelo, conforme a lo dispuesto en la STS de 9/05/13.

Esta cuestión litigiosa, ha sido ya resuelta por la doctrina fijada por el Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en la sentencia nº 139/15 de fecha 25/03/15 (sin perjuicio de los votos particulares), estableciendo "Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la *sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013*, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la *sentencia de 9 de mayo de 2013*"; por lo que debe estarse al mismo, conforme postula la parte actora en su demanda.

Por ello, debe estimarse íntegramente la demanda, condenando a la demandada a devolver las cantidades cobradas indebidamente por aplicación de la clausula suelo declarada nula desde la publicación de la STS de 9/05/13, con los intereses legales desde cada cobro ex art. 1108 C.Civil que se incrementarán en dos puntos a partir de esta sentencia, ex art. 576 LEC.

En ejecución de sentencia se procederá liquidar las diferencias resultantes del nuevo cuadro de amortización y de la no aplicación del suelo declarado nulo.

**QUINTO.-** Conforme al criterio del vencimiento en juicio plasmado en el art. 394 LEC, procede imponer a la parte demandada, las costas causadas en esta instancia, al haberse acogido totalmente la pretensión actora.

VISTAS las disposiciones legales citadas y demás preceptos de general y pertinente aplicación al caso de autos.

### **FALLO**

Que estimando totalmente la demanda presentada por la Procuradora Sra. Rubert Raga, en nombre y representación de [REDACTED] contra BANCO POPULAR ESPAÑOL SA., representado por el Procurador Sr. SANCHO GASPAR, debo declarar y declaro la nulidad de las condiciones generales de la contratación relativas al índice de referencia IRPH Entidades contenido en el punto 3.2.1. y a la clausula suelo contenido en el punto 3.3 de la Estipulación Tercera -titulada Intereses- del préstamo hipotecario suscrito por las partes en fecha 10/08/05, eliminando del mismo el punto 3.3 del siguiente tenor literal "no obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del TRES CON CINCUENTA POR

CIENTO (3,50 %)”, e integrando el punto 3.2.1. en el sentido de sustituir el IRPH Entidades por el EURIBOR a un año, como índice de referencia para el tipo de interés variable, subsistiendo el préstamo hipotecario sin la cláusula suelo y con el nuevo índice de referencia, junto con el resto de condiciones; condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración, a rehacer el cuadro de amortización con el Euribor a 1 año como índice de referencia del tipo variable y sin aplicación del suelo desde la publicación de la STS de 9/05/13 (BOE 4/06/13), recalculando la liquidación del préstamo con arreglo a tales términos, devolviendo a la parte actora la cantidad indebidamente cobrada por aplicación de las cláusulas declaradas nulas, con los intereses legales desde cada cobro que se incrementará en dos puntos a partir de esta sentencia. Y todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

Se requiere a la entidad demandada para que en el plazo de veinte días, presente nuevo cuadro de amortización del préstamo, conforme al Euribor a un año como índice de referencia del tipo variable y sin aplicación de la cláusula suelo desde el 4/06/13, liquidando las cantidades cobradas en exceso en cada cuota mensual de amortización.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, previo depósito de 50 €.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Juez que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Secretario Judicial doy fe, en VALENCIA , a ocho de junio de dos mil dieciséis.