

Notificación:

Procuradora
Tif.

UNIVE ABOGADOS, SLP

276/2017

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 6 DE ORIHUELA

TELÉFONO: 966904109

FAX: 966904107

E_MAIL: orihpi06_ali@gva.es

N.I.G.: **Procedimiento: Procedimiento Ordinario [ORD] -
000276/2017-MI**

De: D/ña. Domicilio:
Procurador/a Sr/a.

Contra: D/ña. BANCO POPULAR ESPAÑOL SA con DNI/NIE/NIF:
Domicilio:Calle VELAZQUEZ,34 MADRID
Procurador/a Sr/a.

SENTENCIA71/2020

JUEZ QUE LA DICTA: MARÍA TERESA MARTÍNEZ SOTO

Lugar: ORIHUELA

Fecha: Trece de Marzo de dos mil veinte

Vistos por mí, **DOÑA MARÍA TERESA MARTÍNEZ SOTO**, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia num. Seis de esta Ciudad, los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO** núm. **276/17**, promovidos por--, representados por la Procuradora Sra. -contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA, representada por el Procurador Sr. -, en ejercicio de acción de nulidad de cláusulas abusivas y reclamación de cantidad, dicta Sentencia en base a los siguientes ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Sra. --, en nombre y representación de--, se presentó escrito de demanda de juicio ordinario, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A, en el que después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia SOLICITANDO:

1. CON RESPECTO A LA CLÁUSULA QUE LIMITA LA VARIACIÓN DEL TIPO

DE INTERÉS NOMINAL DEL PRÉSTAMO SUSCRITO POR D.--
CON LA ENTIDAD FINANCIERA BANCO POPULAR ESPAÑOL
S.A:

1.1. Que se declare **nula la cláusula suelo** cuyo tenor es "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 **CUATRO POR CIENTO**" por ser **análoga a la cláusula ya declarada abusiva por falta de transparencia en la STS 705/2015, de 23 diciembre**, y extenderse sobre la misma, por lo tanto, el efecto de cosa juzgada de dicha sentencia; **o subsidiariamente**, para el improbable caso de que no se considere que las cláusulas en cuestión estén afectadas por el efecto de cosa juzgada de la STS 705/2015 de 23 diciembre, que se declaren **nulas por vicios del consentimiento**, o forma subsidiaria a la anterior, se declare nula por abusiva, de manera autónoma, por falta de transparencia, de acuerdo con el art. 82 TR-LGDCU en relación con el 8.2 LCGC.

1.2. Que se condene a la entidad demandada a eliminar la cláusula del contrato de préstamo hipotecario y a recalcular el cuadro de amortización desde el inicio sin la referida cláusula.

1.3. Como consecuencia de dicha nulidad, en virtud de lo dispuesto el art. 1303 CC, se condene a la entidad demandada a restituir a los demandantes las cantidades indebidamente cobradas desde que la cláusula litigiosa comenzó a surtir efectos, de acuerdo con las circunstancias concurrentes en su inclusión en el préstamo hipotecario. Tales cantidades serán incrementadas con el interés legal del dinero devengado desde la liquidación de cada una de ellas.

2. CON RESPECTO A LA CLÁUSULA QUE FIJA EL ÍNDICE DE REFERENCIA DEL PRÉSTAMO SUSCRITO POR D. -- CON LA ENTIDAD FINANCIERA BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A :

2.1. Se declare **nula por vicios del consentimiento** la estipulación tercera del contrato de préstamo hipotecario

suscrito en fecha de 28 de octubre de 2003, que establece que el índice de referencia del préstamo será al **tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de la modalidad del Conjunto de Entidades de Crédito** y sustitutivo el IRPH-Bancos, subsistiendo el resto del préstamo -salvo en lo que en el presente escrito se solicita- por ser posible jurídicamente, **o subsidiariamente, sea declarada nula por abusiva.**

2.2. Como consecuencia de la nulidad de las estipulaciones anteriormente referidas, se declare **la no aplicación de índice de referencia alguno** en el préstamo suscrito el 28 de octubre 2003 para que **se aplique en lo sucesivo, como tipo de interés fijo**, el margen diferencial de 0,50% establecido en la escritura de préstamo hipotecario.

2.3. En virtud del art. 1.303 CC, se condene a la entidad demandada a restituir a los demandantes, en concepto de cantidades cobradas indebidamente en aplicación de las referidas cláusulas nulas, **desde el comienzo de la relación crediticia**, la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, que de conformidad con lo exigido por el art. 219 Ley Enjuiciamiento Civil, se calculará con arreglo a las siguientes bases:

- La suma de las diferencias entre la cantidad liquidada por la entidad financiera, efectivamente abonada por el prestatario en cada periodo mensual de amortización desde el 28 de octubre de 2003, y la cantidad que debería haber pagado en dichos periodos mensuales de amortización si el tipo de interés hubiera sido el tipo fijo de 0,50%, todo ello sin la aplicación de la cláusula limitativa del tipo de interés nominal, manteniéndose la vigencia del resto de cláusulas financieras del contrato no impugnadas expresamente en esta demanda.

El exceso resultante en cada periodo de amortización debe ser incrementado con el interés legal del dinero (de acuerdo con el art. 1303 CC), que se devengará desde el momento mismo en que se haya realizado el pago de cada cuota mensual hasta la efectiva restitución de las cantidades indebidamente cobradas.

2.4 Subsidiariamente respecto de lo inmediatamente anterior, como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula que establece que el **tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de la modalidad de Entidades, y sustitutivo el IRPH-Bancos** como índice de referencia del préstamo de 28 de octubre de

2003, se establezca como índice a aplicar en el referido contrato en sustitución del anterior sea el **Euribor** (según el mes de revisión previsto en la escritura), con aplicación del diferencial pactado por las partes, esto es, de 0,50 puntos porcentuales.

2.5. Se condene a la entidad demandada en virtud del art. 1.303 CC, a restituir a los demandantes, en concepto de cantidades cobradas indebidamente en aplicación de las referidas cláusulas nulas, **desde el comienzo de las relaciones crediticias**, la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, que de conformidad con lo exigido por el art. 219 Ley Enjuiciamiento Civil, se calculará con arreglo a las siguientes bases:

La suma de las diferencias entre la cantidad liquidada por la entidad financiera, efectivamente abonada por el prestatario en cada periodo mensual de amortización, y la cantidad que debería haber pagado en dichos periodos mensuales de amortización si el índice de referencia para el cálculo del interés variable hubiera sido el Euribor, adicionándole el diferencial pactado de 0,50%, manteniéndose vigentes el resto de cláusulas financieras del contrato.

El exceso resultante en cada periodo de amortización debe ser incrementado con el interés legal del dinero (de acuerdo con el art. 1303 CC), que se devengará desde el momento mismo en que se realizara el pago de cada cuota mensual hasta la efectiva restitución de las cantidades indebidamente cobradas.

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

SEGUNDO.-Por decreto de fecha 19 de abril de 2017 se admitió a trámite la demanda y se mandó emplazar a la entidad demandada con traslado de la demanda, a fin de que en el término de veinte días compareciera y contestara, con apercibimiento de que en caso de no hacerlo sería declarada en rebeldía.

En fecha 7 de junio de 2017 la entidad bancaria demandada, representada por el Procurador Sr. -, presentó escrito de oposición a la demanda solicitando que se acuerde:

1. Declarar el sobreseimiento y subsidiaria desestimación de la petición de condena contenida en el del suplico de la

demanda, por vulnerar la proscripción de condena ilíquida del artículo 219 LEC y asimismo

2. Desestimar íntegramente las pretensiones de la parte demandante. 3. Con expresa imposición de costas a la parte actora.

Por decreto de 12 de junio de 2017 se convoca a las partes a la audiencia previa.

Llegado el día señalado se celebró la audiencia previa, a la que asistieron ambas partes y tras ratificarse en sus respectivos escritos de alegaciones solicitan como pruebas la documental e interrogatorio de parte.

Llegado el día señalado para el juicio y una vez practicadas las pruebas y tras formular las partes conclusiones orales, quedaron los autos vistos para sentencia.

TERCERO.-En la tramitación del presente juicio se han observado las prescripciones legales de aplicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: De la prueba documental obrante en autos resulta acreditado que los actores suscribieron un préstamo hipotecario formalizado en escritura pública con la entidad bancaria BANCO POPULAR ESPAÑOL en fecha 28 de octubre de 2003 y que tenía destino triple, cancelación del préstamo hipotecario vigente de 21.500 euros, realización de obras y mejoras en la vivienda habitual de los prestatarios y sita en -- e inicio en unos meses de un negocio de franquicia de restauración de coches, siendo el capital 70.000 euros y a devolver en 20 años y así figura en el Informe de propuesta de la operación elaborado por la propia entidad bancaria, fechado el 28 de octubre de 2003 y denominada "crédito hipotecario popular a compradores " y así doc. 3 del escrito de contestación a la demanda.

La parte demandada afirma que el prestatario no puede acogerse a la normativa tuitiva en protección del consumidor y debido a su perfil empresarial y que acredita con el Informe de la empresa fechado el 27 de octubre de 2015 y que aporta como doc. 4 del escrito de contestación y en el que se describe que -- es autónomo y se dedica al comercio minorista de productos cosméticos e higiénicos.

Este dato por sí solo en nada modifica su condición y la de su mujer de consumidores en la contratación del préstamo con garantía hipotecario sobre su vivienda habitual, pues para excluir tal naturaleza es preciso que la finalidad del préstamo sea la financiación de su actividad profesional o empresarial. En el supuesto de autos el destino del préstamo como ya hemos visto es triple: "cancelación del préstamo hipotecario vigente de 21.500 euros, realización de obras y mejoras en la vivienda habitual de los prestatarios y sita --e inicio en unos meses de un negocio de franquicia de restauración de coches".

La cuestión ha sido ya resuelta por **Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, num. 224/17, de 5 de abril:** (Ponente Excmo. Sr. Vela Torres):

" (...) **TERCERO.- Condición legal de consumidor.**

1.- Ha de advertirse, en primer lugar, que cuando se firmó el contrato en el que se incluye la cláusula cuya nulidad se pretende, el 10 de junio de 2005, todavía no estaba en vigor el TRLGCU, puesto que se promulgó por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Por lo que, en todo caso, lo que se habría infringido sería el art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyos apartados 2 y 3 establecían:

"2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

"3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros".

Es decir, conforme a la Ley de Consumidores de 1984, tenían tal cualidad quienes actuaban como destinatarios finales de los productos o servicios, sin la finalidad de integrarlos en una actividad empresarial o profesional.

A su vez, el art. 3 del TRLGCU matizó tal concepto, al afirmar que "son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".

Como dijimos en la sentencia 16/2017, de 16 de enero, este concepto procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas

leyes de transposición se refunden en el TRLGCU y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición han quedado al margen del texto de 2007. En cuanto a las Directivas cuya transposición ha quedado refundida por el RD Legislativo 1/2007, coinciden la Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art. 2), la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, art. 2.b), la Directiva 97/7 (contratos a distancia, art. 2.2) y la Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a) en que consumidor es "toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional", con ligeras variantes de redacción entre ellas. En cuanto a las Directivas cuyas transposiciones se encuentran fuera del TRLGCU, la idea se reitera invariablemente, al aludir todas a la "persona física" (ninguna Directiva de consumo contempla las personas jurídicas en su ámbito) que actúe con un fin o propósito "ajeno a su actividad comercial o profesional" (Directiva 98/6 sobre indicación de precios, art. 2.e; Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros, art. 2.d; Directiva 2008/48 sobre crédito al consumo, art. 1.2.a), o "a su actividad económica, negocio o profesión" (Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico, art. 2.e), o a "su actividad económica, negocio, oficio o profesión" (Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, art. 2.a, y Directiva 2008/122 sobre contratos de aprovechamiento por turno, art. 2.f).

En otras normas internacionales o comunitarias, que están o han estado en vigor en España, se adopta una noción similar. Así, el Reglamento 44/2001 del Consejo UE, de 22 diciembre 2000, sobre competencia judicial en materia civil y mercantil, introdujo un foro de competencia especial en su art. 15.1 para "contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional". Concepto que reitera el art. 17.1 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que ha sustituido al anterior. A su vez, el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales contempla también en su art. 6 los "contratos de consumo", entendidos como los celebrados "por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional ('el consumidor') con otra persona ('el profesional') que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional".

CUARTO.- La condición de consumidor en los contratos con doble finalidad.

1.- Sobre esta noción de consumidor, el problema que se plantea en este caso es si cabe considerar como tal a quien destina el bien o servicio a fines mixtos, es decir, a satisfacer necesidades personales, pero también a actividades comerciales o profesionales. Ni el art. 1 LGDCU ni el actual art. 3 TRLGDCU contemplan específicamente este supuesto, por lo que la doctrina y la denominada jurisprudencia menor han considerado que son posibles varias soluciones: que el contratante siempre es consumidor (pues a veces usa el bien o servicio para fines personales); que nunca lo es (ya que lo usa para fines profesionales); o que lo será o no en atención al uso preponderante o principal.

2.- La Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, que modificó las Directivas 93/13/CEE y 1999/44/CE, tampoco aborda expresamente este problema en su articulado. Pero en su considerando 17 aclara que, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor.

Ante la ausencia de una norma expresa en nuestro Derecho nacional, resulta adecuado seguir el criterio interpretativo establecido en ese considerando de la Directiva, que además ha sido desarrollado por la jurisprudencia comunitaria. Así, en la STJCE de 20 de enero de 2005 (asunto C-464/01) se consideró que el contratante es consumidor si el destino comercial es marginal en comparación con el destino privado; es decir, no basta con que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad comercial, sino que es preciso que el uso o destino profesional sea mínimo ("insignificante en el contexto global de la operación de que se trate", en palabras textuales de la sentencia).

A su vez, la STJUE de 3 de septiembre de 2015 (asunto C110/14) estableció:

"El artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse "consumidor" con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la

actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete”.

En esta sentencia, el TJUE recuerda que, conforme al Derecho de la Unión, es consumidor toda persona física que, en los contratos regulados por la Directiva 93/13 /CEE, actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional, y que como tal consumidor, se encuentra en una situación de inferioridad respecto al profesional, idea que sustenta el sistema de protección establecido por la norma comunitaria. Y, al efecto de determinar la condición de consumidor del contratante, en el sentido de dicha Directiva, aclara el TJUE que el juez nacional debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso susceptibles de demostrar con qué finalidad se adquiere el bien o el servicio objeto del contrato considerado y, en particular, la naturaleza de dicho bien o de dicho servicio.

Y el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (caso Tarcău), en su apartado 27, recalcó:

“A este respecto, procede recordar que el concepto de “consumidor”, en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 tiene un carácter objetivo (véase la sentencia Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, apartado 21). Debe apreciarse según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión”.

3.- En fin, 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..”

Pues bien, llevando esta doctrina al caso que nos ocupa no ha quedado acreditado que el eventual destino empresarial del préstamo: “ inicio en unos meses de un negocio de franquicia de restauración de coches” fuera el propósito principal ni predominante cuantitativa ni cualitativamente, pues de hecho ese proyecto comercial ni siquiera ha quedado acreditado que fuera realizado a la vista del Informe de la actividad empresarial del actor (doc. 4 de la contestación) y en el que figura como autónomo en comercio minorista de productos cosméticos e higiénicos y no aparece la actividad de restauración de coches y por todo ello, a lo que unimos que no se cuestiona la condición de consumidora de la actora, nos lleva a concluir que sí es aplicable en el supuesto de autos la legislación protectora del consumidor en el ámbito de las relaciones contractuales con la entidad bancaria.

SEGUNDO: Entrando en el examen de la nulidad de la **cláusula suelo (tercera 3)** cuyo tenor es *“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 **CUATRO POR CIENTO**”*

La parte actora alega la nulidad de la cláusula por abusiva al colocar a los clientes en una situación de clara inferioridad respecto de la entidad demandada, pues se cubre la entidad financiera si bajan los tipos de interés de forma no equivalente al límite al alza para el supuesto de subida del tipo.

Los prestatarios no negociaron individualmente la cláusula, no les informaron de las perjudiciales consecuencias económicas derivadas de la estipulación que se encuentra transcrita en el contrato de préstamo, pues no se practicó una simulación previa y el empleado bancario que negoció con los actores y que ha declarado como testigo a la pregunta de si se realizó una simulación de los diferentes escenarios, manifiesta que no lo recuerda.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado de forma reiterada que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de

información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (en este sentido SSTJUE de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores).

Por esta razón y con el fin de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, dispone que "[l]os Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, 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". Lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE en el sentido de que se trata de una disposición imperativa que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes, por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (en este sentido las ya citadas SSTJUE de 26 octubre 2006 (...)).

El Tribunal Supremo, en Sentencia del Pleno de la Sala Primera de 9 de mayo de 2013, concluye que:

- a) El hecho de que (las cláusulas) 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(...)
- d) 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.

e) 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.

f) 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.

g) La carga de la prueba de que una cláusula con redacción preinsertada 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.

Finalmente, a fin de evitar equívocos, añadiremos que la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, se trata de un fenómeno que *"comporta en la actualidad un auténtico "modo de contratar", diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen **y presupuesto causal propio y específico**". (...)*

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.

En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:

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...(...)

Por último reproducimos el FD de la **Sentencia del Pleno de la Sala Primera del TS , núm. 705/2015, de 23 de diciembre**, que se refiere a la abusividad y derivada nulidad de la cláusula suelo:

*"(...)4.- En el examen de validez de las condiciones generales insertas en contratos celebrados con consumidores, el primer control es el de incorporación, a fin de comprobar que se cumplen los requisitos para que la cláusula quede incorporada al contrato (aceptación por el adherente, claridad, completitud, legibilidad y entrega de un ejemplar -arts. 5 y 7 LCGC), pero con ello no acaba el análisis. Una cláusula "incorporable" e "incorporada" al contrato, cuando se refiere a los elementos esenciales del mismo, puede no ser válida porque se considere que no es transparente. En el caso concreto de las cláusulas suelo, dijimos en la Sentencia 241/2013, de 9 de noviembre, que debe existir una proporción entre la "comunicación" que haya hecho el predisponente del contenido de la cláusula y "su importancia en el desarrollo razonable del contrato". Y constatamos, en ese y en los demás casos sometidos posteriormente a nuestra consideración, que se daba a la cláusula suelo una relevancia "secundaria": " (las) propias entidades les dan un tratamiento impropriamente 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". La razón de que la cláusula suelo deba ser objeto de una "especial" comunicación al cliente es que su efecto -más o menos pronunciado según los tipos en vigor y según la "altura" del suelo- es que "convierte un préstamo a interés variable en un préstamo a interés mínimo fijo, que no podrá beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia (el euríbor)" . **Es decir, la cláusula suelo puede inducir a error al cliente sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional, esto es,***

elegir una oferta cuyo tipo variable es inferior pero que, por efecto de la cláusula suelo, en realidad lo es a un tipo superior durante la vida del contrato que otra oferta del mercado a tipo variable "puro" con un diferencial superior, pero que se aprovecha de las bajadas en el tipo de referencia ilimitadamente (...)"

En el supuesto de autos procede la declaración de nulidad por abusiva y por falta de transparencia de la cláusula financiera tercera punto 4 establecida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 28 de octubre de 2003.

Declarada la nulidad de la cláusula por abusiva, con la consecuencia de tenerla por no puesta, procede que la entidad bancaria reintegre al actor las cantidades indebidamente percibidas por la aplicación de esta estipulación y en aplicación de la reciente Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 21 de diciembre de 2016, en sendas cuestiones prejudiciales planteadas con arreglo al art. 267 del TFUE, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, los efectos restitutorios no pueden limitarse exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación del tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión y en referencia a la Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013. Por todo ello procede estimar la pretensión del actor y condenar a la entidad bancaria a reintegrarle las cantidades que en concepto de interés se han abonado indebidamente y cobrado en exceso desde el momento de la efectiva aplicación de la cláusula, cantidad que se incrementará con el interés legal desde la fecha de pago de cada cuota.

Reproducimos FD de la **Sentencia de Pleno de la Sala Primera de TS núm. 123/ 2017, de 24 de febrero de 2017:**

"1.- Según reiterada jurisprudencia tanto del TJUE -actualmente o en sus denominaciones anteriores- (sentencias de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, C-11/70 ; 9 de marzo de 1978, Simmenthal, C-106/77 ; 22 de octubre de 1987, Foto-Frost, C-314/85 ; y 8 de septiembre de 2010, Winner Wetten, C-409/06 ,) como del TC (sentencias 28/1991, de 14 de febrero ; 58/2004, de 19 de abril ; 78/2010, de 20 de octubre ; y 145/2012, de 2 de julio , entre otras muchas), los jueces nacionales, en su condición de jueces de la Unión, están obligados a salvaguardar la efectividad del Derecho comunitario

y su primacía sobre el Derecho nacional conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2.- El procedimiento de remisión prejudicial se basa en una cooperación que implica un reparto de funciones entre el juez nacional, competente para aplicar el Derecho comunitario a un litigio concreto, y el Tribunal de Justicia, al que corresponde garantizar la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros (STJCE de 16 de diciembre de 1981, Foglia/Novello, C-244/1980).

Además, las sentencias prejudiciales son obligatorias (artículo 91 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia , versión consolidada de 25 de septiembre de 2012) y tienen, como regla, eficacia *ex tunc* desde su pronunciamiento, sin perjuicio de que el Tribunal de Justicia pueda limitar su dimensión temporal cuando concurren consideraciones imperiosas de seguridad jurídica (STJUE de 7 de julio de 2011, Nisipeanu, C-263/10).

Se trata de una fuerza obligatoria *erga omnes* , por lo que son vinculantes no solo para el juez remitente, sino también para cualquier jurisdicción nacional que conozca de un caso análogo en el que se plantee la aplicación de la norma comunitaria interpretada o cuya invalidez haya sido declarada, con independencia de que sus decisiones sean recurribles o no en el ordenamiento nacional de los Estados miembros de la UE (STJCE de 6 de marzo de 2003, Kaba, C-446/005, y SSTJUE de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09 ; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/145; y de 1 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14).

3.- En consecuencia, procede modificar la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo, toda vez que la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016 ha considerado que:

a) La limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el *Tribunal Supremo* acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013 , se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y equivale a privar con carácter general, a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya

abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.

b) Dicha jurisprudencia nacional sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo; y tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE
...”.

Es de aplicación la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 21 de diciembre de 2016, en sendas cuestiones prejudiciales planteadas con arreglo al art. 267 del TFUE, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 en el sentido de que **los efectos restitutorios no pueden limitarse exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación del tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión y en referencia a la Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013.**

Por todo ello, procede que la entidad bancaria reintegre al actor las cantidades indebidamente abonadas desde el momento de la efectiva aplicación de la cláusula, cantidad que se incrementará con el interés legal desde la fecha de pago de cada cuota.

TERCERO: Se invoca por la actora la nulidad **por vicios del consentimiento de** la estipulación tercera del contrato de préstamo hipotecario suscrito en fecha de 28 de octubre de 2003, que establece que el índice de referencia del préstamo será al **tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de la modalidad del Conjunto de Entidades de Crédito y sustitutivo el IRPH-Bancos.**

La reciente **Sentencia C-125/2018, dictada por la Sala Gran Sala, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea** resuelve que:

43. Resulta oportuno recordar a tal efecto que, según reiterada jurisprudencia, el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de las mismas (véanse, en particular, las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, (LA LEY 55532/2010) C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 27 y jurisprudencia citada, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, (LA LEY 18890/2019) C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250 (LA LEY 18890/2019).

44. Habida cuenta de tal situación de inferioridad, la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) obliga a los Estados miembros a establecer un mecanismo que asegure que toda cláusula contractual no negociada individualmente pueda ser controlada para apreciar su eventual carácter abusivo. En este contexto incumbe al juez nacional, atendiendo a los criterios enunciados en el artículo 3, apartado 1, y en el artículo 5 de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993), determinar si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, la cláusula en cuestión cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia que impone dicha Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, (LA LEY 16295/2013) C-92/11, EU:C:2013:180, apartados 42 a 48; de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, (LA LEY 46630/2014) C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 40, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, (LA LEY 123057/2017) C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250 (LA LEY 18890/2019),

45. Sin embargo, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993), puesto en relación con su artículo 8, permite a los Estados miembros prever en la legislación de transposición de esta Directiva que «la apreciación del carácter abusivo» no abarca las cláusulas previstas en aquella disposición, siempre que tales cláusulas se hayan redactado de forma clara y comprensible (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, (LA LEY 55532/2010) C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 32, y de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, (LA LEY 46630/2014) C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 41).

46. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha destacado que esa misma exigencia de redacción clara y comprensible figura en el

artículo 5 de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993), que prevé que las cláusulas contractuales deben respetarla «siempre» (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, (LA LEY 46630/2014) C26/13, EU:C:2014:282, apartados 67 y 68, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, (LA LEY 123057/2017) C186/16, EU:C:2017:703 (LA LEY 123057/2017), apartado 43). De ello se deduce que la referida exigencia se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva y aun cuando el Estado miembro de que se trate no haya transpuesto esta disposición. Tal exigencia no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de la cláusula contractual en un plano formal y gramatical (sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, (LA LEY 46630/2014) C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 71).”

Con esta resolución, no hay lugar a dudas de que a pesar de que el IRPH se trate de un índice de referencia oficial recogido en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, las cláusulas contractuales que se refieren a dicho IRPH han de ser objeto de análisis casuísticamente por el Juez Nacional para examinar si ha superado el nivel de transparencia formal y material exigido.

Más concretamente, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trate, se hubieran comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Desempeñan un papel decisivo en tal apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, *de manera que permitan a un consumidor medio, según se ha descrito a este en el apartado 51 de la presente sentencia, evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato (sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, (LA LEY 123057/2017) C-186/16, EU:C:2017:703 (LA LEY 123057/2017), apartado 47 y jurisprudencia citada)...*”

En el supuesto de autos el empleo de la entidad bancaria propuesto como testigo no aclara que explicara a los actores la incidencia del IRPH en la variación del tipo de interés inicial y si tenemos en cuenta la inversión de la carga de la prueba del artículo 82.2 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por la que se impone la

carga de la prueba sobre una posible negociación e información al empresario, nada se ha probado sobre la información previa facilitada a los prestatarios y por todo ello se declara la nulidad de la cláusula financiera 3.2 de la escritura de préstamo litigiosa, en el cual se pactó que el índice de referencia aplicado para el cálculo de los intereses fuera el IRPH.

En cuanto a las consecuencias de la declaración de nulidad en la Sentencia de la Gran Sala se responde a la tercera cuestión prejudicial que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) deben interpretarse en el sentido de que **no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales.**"

En este orden de cosas, será procedente, en consecuencia, que las partes se restituyan recíprocamente cuantas obligaciones hayan satisfecho como consecuencia de la escritura pública litigiosa, y en tanto aquella no supone la desaparición de la obligación inicial, lo procedente será la sustitución del índice IRPH por el índice de referencia EURIBOR, con la restitución de los intereses indebidamente cobrados por la entidad bancaria al no haberse aplicado el índice Euribor, más los intereses devengados desde cada uno de los cobros indebidos, que se determinará en ejecución de sentencia.

CUARTO: Respecto de las costas y dado que se ha aplicado doctrina jurisprudencial del TJUE sobrevenida y contraria a la que venía siendo aplicada por nuestro Tribunal Supremo, y como quiera que la validez de la cláusula de tipo de referencia en el interés variable presenta dudas de derecho y en la jurisprudencia nacional, no procede la imposición de costas al amparo de lo previsto en el segundo párrafo del art. 394.1 LEC.

VISTOS los preceptos legales y jurisprudencia que son de aplicación,

FALLO

Que **ESTIMANDO COMO ESTIMO ÍNTEGRAMENTE** la demanda formulada por --
, representados por la Procuradora Sra. - contra BANCO POPULAR
ESPAÑOL, SA, representada por el Procurador Sr. -,

1.- **DEBO DECLARAR Y DECLARO nula por abusiva la cláusula suelo y que es la financiera tercera punto 3 establecida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 28 de octubre de 2003 y DEBO CONDENAR Y CONDENO a BANCO POPULAR ESPAÑOL** a restituir a los prestatarios, en ejecución de sentencia, los intereses que hubiesen pagado en aplicación de dicha cláusula suelo desde el momento de la efectiva aplicación, cantidad que se incrementará con el interés legal desde la fecha de pago de cada cuota hasta la fecha de la efectiva restitución y

2.- **DEBO DECLARAR Y DECLARO nula por abusiva la cláusula de variación del tipo de interés inicial y que es la financiera tercera punto 2 establecida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 28 de octubre de 2003, sustituyéndose el índice IRPH por el índice de referencia EURIBOR y DEBO CONDENAR Y CONDENO a BANCO POPULAR ESPAÑOL** a restituir a los prestatarios, en ejecución de sentencia, los intereses indebidamente cobrados por la entidad bancaria al no haberse aplicado el índice Euribor, más los intereses devengados desde cada uno de los cobros indebidos,

3.- Y todo ello **sin imposición de costas** a ninguna de las partes.

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos originales, lo pronuncio, mando y firmo. Doy fe.