

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº9 bis DE CÓRDOBA

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 947/2018

SENTENCIA 490/2020

En Córdoba, a 28 de octubre de 2020.

Vistos por D^a Elvira Pérez Martínez, Magistrada-Juez de refuerzo adscrita al Juzgado de Primera Instancia nº9 bis de Córdoba, los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO** seguidos bajo el **número 947/2018**, en ejercicio de Acción Declarativa de Nulidad de Condiciones Generales de la Contratación, a instancia de D^a

, asistida por el Letrado Sr. Limonchi y representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Melgar; frente a BANCO POPULAR, asistido por la Letrada y representado por ella Procuradora de ellos Tribunales habiendo recaído la presente en base a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 23/11/2018 se interpone demanda de juicio declarativo ordinario en ejercicio de acción de nulidad de las condiciones generales de la contratación relativas a cláusula de limitación del tipo de interés variable (cláusula suelo) e intereses de demora, interesando una sentencia en la que se declare en relación con la escritura de hipoteca suscrita por las partes el 22/5/2003:

1.- Se declare la nulidad de la estipulación del contrato de compraventa con subrogación de préstamo con garantía hipotecaria que establece el IRPH de Conjunto de Entidades, esto es el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre del conjunto de entidades de crédito.

2.- Se declare la nulidad de la cláusula 6 de la citada escritura de compraventa con subrogación constitución de préstamo con garantía hipotecaria que establece un interés de demora del nominal más 4 puntos porcentuales.

3.- Se declare la nulidad de la Cláusula 3.1 Tipos de interés aplicables a la promotora

Código Seguro de verificación:gxM08FkwJvh6rm0sIcVYiw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ELVIRA PEREZ MARTINEZ 30/10/2020 13:37:43	FECHA	30/10/2020
	MARIANO MATA CASADO 30/10/2020 13:58:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	1/13



gxM08FkwJvh6rm0sIcVYiw==

prestataria, en cuanto a su aplicación a mis mandantes intereses, párrafo tercero, que establece una cláusula suelo como mínimo al tipo del CINCO POR CIENTO nominal anual.

4.-Se condena a la entidad demandada a restituir a la actora las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso durante la vigencia del contrato de préstamo sobre las bases, de las sumas reales que se abonaron durante dicho período conforme a las cláusulas cuya nulidad se solicita, y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación de las mismas. Más intereses y costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite y dado traslado para contestación, se citó a las partes para la celebración de la Audiencia Previa al Juicio Ordinario con el resultado que es de ver en la respectiva grabación, quedando los autos vistos para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todos los requisitos legales, a excepción del plazo para el dictado de sentencia por la excesiva carga de trabajo de este Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La parte actora pretende que se declare la nulidad de determinadas estipulaciones que contienen las escrituras de préstamo hipotecario suscritas en su día con la demandada por tratarse de condiciones generales de la contratación no negociadas individualmente e incorporadas de manera generalizada al contrato, indicando que adolecen de transparencia y son abusivas, pretensión a la que se opone la demandada.

En relación con la alegación efectuada por la demandada en la audiencia previa en relación con el defecto en el modo de proponer la demanda, como ya se resolvió oralmente en dicho momento, se reitera el rechazo por entender que una demanda en la que se ejercita una acción de nulidad es de cuantía indeterminada siempre, por más que las sumas a restituir como consecuencia de dicha declaración de nulidad puedan cuantificarse.

Se rechaza la alegación relativa a la falta de legitimación pasiva de la entidad demandada por entender que las cláusulas impugnadas dimanaban de una compraventa con subrogación en la que la entidad no tomó parte, toda vez que conforme al art. 10 LEC

Código Seguro de verificación:gxM08FkwJvh6rm0sIcVYiw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ELVIRA PEREZ MARTINEZ 30/10/2020 13:37:43	FECHA	30/10/2020
	MARIANO MATA CASADO 30/10/2020 13:58:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	2/13



gxM08FkwJvh6rm0sIcVYiw==

la legitimación viene determinada por la titularidad de la relación jurídica controvertida que es, evidentemente, el contrato de préstamo hipotecario en el que se subroga el demandante y del que es prestamista la entidad bancaria.

En relación con los préstamos ya cancelados, las entidades bancarias, como en el caso actual, vienen argumentando varias excepciones procesales tales como la falta de acción, interés legítimo u objeto, la falta de legitimación activa al no ser el demandante prestatario y, por tanto, titular de la relación jurídica controvertida conforme al art. 10 LEC, la caducidad y/o la prescripción de la acción de reclamación de cantidades.

La cuestión ha sido zanjada por la reciente **STS 3911/2019, de 12 de diciembre**, que establece lo siguiente:

“1.- No existe fundamento legal para afirmar que la consumación de un contrato impide el ejercicio de la acción de nulidad. Es más, el art. 1301 del Código Civil fija la consumación del contrato como término inicial del plazo para ejercitar la acción de nulidad por error, dolo o falsedad de la causa.

*2.- Otro tanto ocurre con la extinción del contrato. Si la acción ejercitada por los recurrentes hubiera ido dirigida exclusivamente a que se declarara la nulidad del contrato o de una **cláusula**, sin formularse una petición restitutoria, podría cuestionarse que exista un interés legítimo en obtener un pronunciamiento meramente declarativo en un contrato ya extinguido. Pero en el caso objeto del recurso, la finalidad de la demanda interpuesta por los hoy recurrentes fue obtener la restitución de lo indebidamente cobrado por la entidad financiera en la aplicación de la **cláusula** suelo. La solicitud en la demanda de un pronunciamiento judicial que declarara la nulidad de dicha **cláusula** ha de entenderse como un antecedente necesario para lograr el pronunciamiento que condena a la restitución de lo indebidamente cobrado en aplicación de la **cláusula** nula. Los prestatarios tienen un interés legítimo en obtener la restitución de lo que pagaron en aplicación de una **cláusula** que consideran nula de pleno derecho por ser abusiva.*

3.- En los contratos de tracto sucesivo, cuando la consumación del contrato coincide con el agotamiento o extinción del contrato, el término inicial de ejercicio de la acción de nulidad previsto en el art. 1301 del Código Civil para los casos de error, dolo o falsedad de la causa, coincide con el momento de extinción del contrato. Así lo hemos declarado en la sentencia 89/2018, de 19 de febrero.

*4.- Esto muestra que la extinción del contrato no es por sí misma un obstáculo para el ejercicio de la acción de nulidad del propio contrato o de alguna de sus **cláusulas**.*

5.- Como recuerda la sentencia de este tribunal 546/2019, de 16 de octubre, la

Código Seguro de verificación:gxM08FkwJvh6rm0sIcVYiw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ELVIRA PEREZ MARTINEZ 30/10/2020 13:37:43	FECHA	30/10/2020
	MARIANO MATA CASADO 30/10/2020 13:58:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	3/13



gxM08FkwJvh6rm0sIcVYiw==



ADMINISTRACIÓN

DE
JUSTICIA

*jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencias de 30 de mayo de 2013, Dirk Frederik Asbeek Brusse, C-488/11, apartado 44, con cita de resoluciones anteriores ; de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08 , apartado 42; de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15; de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14; y auto de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost, C-76-10 , apartado 50) afirma que el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre **cláusulas abusivas** en los contratos celebrados con consumidores (que establece la no vinculación del consumidor a las **cláusulas abusivas**) debe ser considerado como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen rango de normas de orden público; consideración que extiende a todas las disposiciones de la Directiva que sean indispensables para la realización del objetivo pretendido por el precepto.*

6.- *Por tanto, en el presente caso no existen obstáculos al ejercicio de tal acción derivados del transcurso del plazo de ejercicio de la acción o las exigencias de la buena fe”.*

Tal y como se ha manifestado en la audiencia previa, existe un error en la demanda al impugnar una limitación a la baja del tipo de interés variable (cláusula suelo) que no existe, limitándose la controversia a las cláusulas IRPH e intereses de demora.

SEGUNDO.- La actora solicita la nulidad de la cláusula contractual que regula el índice de referencia del interés variable con el IRPH estipulado en la escritura pública litigiosa, y ello, alegando que se trata de una condición general de la contratación impuesta a la parte demandante y no negociada.

La demanda, por su parte, manifiesta que se trata de un índice de referencia estipulado conforme a la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, siguiendo el orden y estructura pautado por la misma, y que por ello no implica falta de transparencia ni abusividad (STS 669/2017, de 14/12/2017). La 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 (LCEur 1993, 1071) 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

Código Seguro de verificación:gxM08FkwJvh6rm0sIcVYiw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ELVIRA PEREZ MARTINEZ 30/10/2020 13:37:43	FECHA	30/10/2020
	MARIANO MATA CASADO 30/10/2020 13:58:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	4/13



gxM08FkwJvh6rm0sIcVYiw==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 27 y jurisprudencia citada, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, [EU:C:2019:250 \(TJCE 2019, 59\)](#) apartado 49).

44. Habida cuenta de tal situación de inferioridad, la Directiva 93/13 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 determinar si, dadas la 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, C-92/11, EU:C:2013:180, apartados 42 a 48; de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 40, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250 apartado 50).

45. Sin embargo, el [artículo 4, apartado 2](#), de la Directiva 93/13, 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, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 32, y de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, 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 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, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 67 y 68, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, 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, 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,

Código Seguro de verificación:gxM08FkwJvh6rm0sIcVYiw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ELVIRA PEREZ MARTINEZ 30/10/2020 13:37:43	FECHA	30/10/2020
	MARIANO MATA CASADO 30/10/2020 13:58:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	5/13



gxM08FkwJvh6rm0sIcVYiw==

las cláusulas contractuales que se refieren a dicho IRPH han de ser objeto de análisis casuístico por el Juez Nacional para examinar si ha superado el nivel de transparencia formal y material exigido.

En este sentido, continua la Sentencia:

" 48. Mediante su segunda cuestión prejudicial, letras b) y c), el juzgado remitente pide sustancialmente que se dilucide si la Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, fija un tipo de interés variable cuyo modo de cálculo se considera que resulta complejo para el consumidor medio, el profesional debe comunicar al consumidor de que se trate información sobre el método de cálculo del índice en que se basa el cálculo del mencionado tipo de interés y sobre la evolución de tal índice en el pasado y cómo podría evolucionar en un futuro.

49. A ese respecto, como observó el Abogado General en los puntos 106 a 109 de sus conclusiones, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la exigencia de transparencia, tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de la celebración del contrato. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional (sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 44; de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 70; de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980 , apartado 50, y de 20 de septiembre de 2017, Andriiciuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 48).

50. De ello se deduce que, como ya se ha señalado en el apartado 46 de la presente sentencia, la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, tal como resulta de los [artículos 4, apartado 2, y 5](#) de la Directiva 93/13, no puede reducirse exclusivamente a su carácter comprensible en un plano formal y gramatical. Toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo relativo, en particular, al nivel de información, la mencionada exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por tanto, de transparencia, a que obliga la propia Directiva, debe interpretarse de manera extensiva (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 71 y 72, y de 20 de

Código Seguro de verificación:gxM08FkwJvh6rm0sIcVYiw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ELVIRA PEREZ MARTINEZ 30/10/2020 13:37:43	FECHA	30/10/2020
	MARIANO MATA CASADO 30/10/2020 13:58:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	6/13
 gxM08FkwJvh6rm0sIcVYiw==			

septiembre de 2017, Andriciuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 44).

51. Así pues, por lo que se refiere a una cláusula que, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, estipule la retribución del correspondiente préstamo mediante intereses que se calculan según un tipo variable, la referida exigencia se ha de entender como la obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras (véanse en este sentido, por analogía, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 75, y de 20 de septiembre de 2017, Andriciuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 51).

52. Dado que la competencia del Tribunal de Justicia comprende exclusivamente la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión, en este caso de la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 48 y jurisprudencia citada), corresponde solo al órgano judicial remitente llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 74; de 26 de febrero de 2015, Matej, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 75, y de 20 de septiembre de 2017, Andriciuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 46). 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, Andriciuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703 apartado 47 y jurisprudencia citada).

Código Seguro de verificación:gxM08FkwJvh6rm0sIcVYiw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ELVIRA PEREZ MARTINEZ 30/10/2020 13:37:43	FECHA	30/10/2020
	MARIANO MATA CASADO 30/10/2020 13:58:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	7/13



gxM08FkwJvh6rm0sIcVYiw==

53. Por lo que respecta a una cláusula como la mencionada en el apartado 51 de la presente sentencia, que incluye una referencia a un tipo de interés variable cuyo valor exacto no puede determinarse en un contrato de préstamo para toda la vigencia del contrato, procede hacer constar, como observó el Abogado General en los puntos 122 y 123 de sus conclusiones, que es pertinente a efectos de tal análisis la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado. Esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, y que, en el contrato de préstamo hipotecario en cuestión, ese índice se redondeaba por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en el 0,25 %.

54. También resulta pertinente para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la circunstancia de que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal, las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés.

55. Por consiguiente, el juzgado remitente deberá comprobar si en el contexto de la celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal Bankia cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional.

56. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial, letras b) y c), que la Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el

Código Seguro de verificación:gxM08FkwJvh6rm0sIcVYiw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ELVIRA PEREZ MARTINEZ 30/10/2020 13:37:43	FECHA	30/10/2020
	MARIANO MATA CASADO 30/10/2020 13:58:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	8/13



gxM08FkwJvh6rm0sIcVYiw==



ADMINISTRACION
DE
JUSTICIA

funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés. "

Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas

El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual"

De ahí que la condición general está presente en cualquier tipo de contrato, y entre cualquier tipo de persona, pero la condición de abusiva, de una condición general, solo se puede predicar de los consumidores.

Todo ello conduce, a que el primer control posible en caso de no consumidores como de consumidores, es aquel que recoge el art. 5, que fija el control de inclusión.

Y así lo recoge el fundamento en el punto 201 de la STS 9.5.13 cuando dice: 2.1. La transparencia a efectos de incorporación al contrato.

201. En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los [art. 5.5 LCGC \(RCL 1998, 960\)](#) "la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, 7 LCGC -"no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]".

Código Seguro de verificación:gxM08FkwJvh6rm0sIcVYiw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ELVIRA PEREZ MARTINEZ 30/10/2020 13:37:43	FECHA	30/10/2020
	MARIANO MATA CASADO 30/10/2020 13:58:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	9/13


gxM08FkwJvh6rm0sIcVYiw==



ADMINISTRACIÓN

DE JUSTICIA

Si tenemos en cuenta la **inversión de la carga de la prueba del art. 82.2**

TRLGDCU, por la que se impone la carga de la prueba sobre una posible negociación e información al empresario, resulta que nada se ha probado sobre la información previa facilitada al prestatario en términos satisfactorios y acordes a las exigencias de buena fe y equilibrio amparadas en la Directiva 93/13/CEE en los contratos celebrados entre consumidor y profesional. Es el Banco o entidad financiera quien debe facilitar información que permita a un consumidor medio la comprensión de las consecuencias jurídicas y económicas que supone referenciar el interés variable de su préstamo hipotecario al índice de referencia IRPH. Y esta información, específicamente, alude a una explicación completa sobre el método de cálculo empleada para obtener tal índice de referencia, así como un estudio de la evolución que tal índice había tenido con anterioridad a la firma del contrato. La demandada arma su defensa a la legalidad del IRPH por tratarse de un índice de referencia oficial, recogido en legislación nacional y controlado por el Banco de España. Sin embargo, y a pesar de lo anterior, como ha señalado el TJUE, debe de superar un control de transparencia material, el cual en el caso presente no se ha probado por el empresario, lo que conduce a declarar la nulidad de la cláusula que fija como índice de referencia el IRPH.

En cuanto a los **efectos de la declaración de nulidad del IRPH**, la STJUE C-125/2018 dispone lo siguiente:

" 67. Por consiguiente, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que los [artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1](#) , de la [Directiva 93/13 \(LCEur 1993, 1071\)](#) 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 aquélla 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.

Código Seguro de verificación:gxM08FkwJvh6rm0sIcVYiw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ELVIRA PEREZ MARTINEZ 30/10/2020 13:37:43	FECHA	30/10/2020
	MARIANO MATA CASADO 30/10/2020 13:58:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	10/13


gxM08FkwJvh6rm0sIcVYiw==



ADMINISTRACION
DE
JUSTICIA

TERCERA.- Por lo que se refiere a la nulidad de la cláusula relativa a los intereses de demora, la Sentencia del Pleno de la sala Civil del Tribunal Supremo, de 22 de abril del 2015 , fija como doctrina jurisprudencial que *"... en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado "*.

En la más reciente, STS de 3/7/2016 se ha establecido el mismo criterio para considerar el carácter abusivo de los intereses de demora en los préstamos hipotecarios.

Por lo tanto, en el caso que nos ocupa, el interés de demora pactado era manifiestamente superior al interés remuneratorio incrementado en 2 puntos, razón por la cual, siguiendo la doctrina jurisprudencial indicada, debe considerarse abusivo y, por tanto, nula la cláusula que lo establece.

Finalmente, conforme a la STJUE de 7/8/2017, acogido por la STS 1ª de 24/4/2019, la supresión de la cláusula de intereses de demora no excluye la aplicación del interés remuneratorio pactado sobre el capital pendiente de pago.

CUARTA.- En cuanto a las costas del procedimiento, debe tenerse presente que el criterio imperante hasta el dictado de la STJUE C-125/2018 que abre la posibilidad al control de transparencia sobre el IRPH, era la STS 669/2017, de 14/12/2017, que no permitía dicho control, lo que ha generado una enorme incertidumbre jurídica determinante del planteamiento de cuestión prejudicial; aún hoy, más de seis meses después del dictado de la STJUE, existe jurisprudencia divergente entre las audiencias provinciales españolas sobre la transparencia y abusividad del índice de referencia IRPH y los efectos de la misma. Así, por poner un ejemplo, la SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 3/7/2020 determina la inexistencia de abusividad de esta cláusula, mientras la SAP de Málaga (sección 6ª), de 21/4/2020 se decanta por la declaración de nulidad por abusividad de la misma.

Así las cosas, es de justicia reconocer que estamos ante una cuestión jurídicamente controvertida en la que las posiciones de ambas partes cuentan con refrendo jurisprudencial, no procediendo la imposición de costas a ninguna de ellas conforme al art. 394.2 LEC.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación

Código Seguro de verificación:gxM08FkwJvh6rm0sIcVYiw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ELVIRA PEREZ MARTINEZ 30/10/2020 13:37:43	FECHA	30/10/2020
	MARIANO MATA CASADO 30/10/2020 13:58:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	11/13


gxM08FkwJvh6rm0sIcVYiw==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

FALLO.- QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda formulada por el
Procurador de los Tribunales Sr. Melgar, en nombre y representación de D^a
frente a BANCO POPULAR y, en consecuencia:

- 1.- Se declara la nulidad de la estipulación del contrato de compraventa con subrogación de préstamo con garantía hipotecaria que establece el IRPH de Conjunto de Entidades, esto es el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre del conjunto de entidades de crédito, sustituyendo el mismo en lo sucesivo por el índice EURIBOR.
- 2.- Se declara la nulidad de la cláusula 6 de la citada escritura de compraventa con subrogación constitución de préstamo con garantía hipotecaria que establece un interés de demora del nominal más 4 puntos porcentuales.
- 3.- Se condena a la entidad demandada a restituir a la actora las sumas cobradas en exceso en aplicación de la cláusula IRPH declarada nula en relación con el índice de referencia válido EURIBOR durante toda la vida del préstamo, en la suma que se determine en ejecución de sentencia, más los intereses legales desde cada pago y los procesales que correspondan.
- 4.- Siendo un caso jurídicamente dudoso, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de apelación para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Córdoba que, en su caso, deberá ser interpuesto ante este mismo Juzgado en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación.

Así por esta mi sentencia, de la que se deducirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando Audiencia Pública en el mismo día de su fecha.

Código Seguro de verificación:gxM08FkwJvh6rm0sIcVYiw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ELVIRA PEREZ MARTINEZ 30/10/2020 13:37:43	FECHA	30/10/2020
	MARIANO MATA CASADO 30/10/2020 13:58:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	12/13


gxM08FkwJvh6rm0sIcVYiw==



Código Seguro de verificación:gxM08FkwJvh6rm0sIcVYiw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ELVIRA PEREZ MARTINEZ 30/10/2020 13:37:43	FECHA	30/10/2020
	MARIANO MATA CASADO 30/10/2020 13:58:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	13/13
 gxM08FkwJvh6rm0sIcVYiw==			