

## AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA nº 5 DE HUESCA

D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de \_\_\_\_\_, según acreditaré mediante apoderamiento APUD ACTA, cuando el juzgado lo requiera mediante señalamiento de día y hora, bajo la dirección técnica del Abogado **D. RAUL DOMINGO JORDI** colegiado n.º 907, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en derecho, **DIGO:**

Que mediante el presente escrito y al amparo de lo previsto en el Art 399 de la LEC, interpongo **DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO** en:

EJERCICIO DE **ACCIÓN DECLARATIVA DE NULIDAD** DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN CONTENIDAS EN PRÉSTAMO HIPOTECARIO Y CONSECUENTE ACCIÓN RESTITUTORIA, frente a la entidad mercantil:

- **IBERCAJA** provista del C.I.F. nº A99319030, y con domicilio a efecto de notificaciones sito en Plaza DE BASILIO PARAISO nº 2 de ZARAGOZA ( 50008 ).

La presente demanda se basa en los siguientes

## HECHOS

### PREVIO.- De la LEGITIMACIÓN PASIVA

Mis representados suscribieron un escritura de préstamo hipotecario, con garantía hipotecaria sobre la Finca\_\_\_\_\_B, con la entidad "IBERCAJA" en fecha 07/01/2004 ante el Notario que lo es de Huesca, Don JAVIER PALAZON VALENTIN con nº 11 de su protocolo.

Adjuntamos a la presente demanda como **DOCUMENTO N° UNO** copia simple de la escritura pública del préstamo hipotecario aludido; y, a efectos de prueba, se dejan designados los archivos y protocolo notarial del fedatario señalado anteriormente.

**PRIMERO.- Respecto a la Cláusulas que establece LÍMITE A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS.**

Dicha escritura pública se suscribió para la formalización del préstamo hipotecario, en el que como deudores figuraban mis representados, y nos encontramos ante un contrato suscrito por personas físicas para su uso exclusivo, como consumidores, para la adquisición de una vivienda para uso personal , en un ámbito ajeno a cualquier actividad empresarial o profesional.

En el citado contrato de préstamo hipotecario se pactó la devolución del capital con un plazo de amortización de 25 años, así como el interés que regularía la vida del préstamo hipotecario , siendo el primer año el 3,50 % y transcurrido dicho plazo se aplicará en cada semestre sucesivo el tipo variable tomando como referencia interbancaria a un año "Euribor", referido al segundo mes anterior a la fecha de indexación , más la suma de 1,25 puntos al tipo marcado, **señalándose en la cláusula Financiera , en el apartado Instrumento de Cobertura de tipo de interés , la cláusula con los siguientes límites al tipo de interés aplicable señalándose como "tipo mínimo de interés el 3,75 % " nominal anual durante el periodo de amortización y como "tipo máximo de interés el 9 % " nominal anual.**

Esta disposición, en la que se establece un tipo mínimo de referencia, y que sustituía la cláusula de limitación de variabilidad del tipo de interés anual del préstamo inicial, constituye una cláusula limitativa a la variabilidad del tipo de interés, conocida como "**cláusula suelo**", es decir una cláusula de alto impacto económico en el coste del préstamo, que sin embargo aparece difuminada dentro de en un engorroso clausulado.

Debemos manifestar ya en este momento, que la existencia de la cláusula suelo a que se hace referencia, fue ocultada en todo momento a mis representados, que no tuvieron ocasión de conocerla, ni de representarse hipotéticamente como se articularía su funcionamiento durante el desarrollo del préstamo, no existió advertencia de su inclusión ni se les proporcionó simulación alguna que le permitiera evaluar su impacto económico, y que por tanto, se incluyó sin información previa ni advertencia alguna.

Mis representados han venido abonando las cuotas del contrato de préstamo hipotecario sin que en ningún momento se haya podido beneficiar de las bajadas del Euribor como consecuencia de la aplicación de la citada cláusula suelo. Constatándose la falta de reciprocidad en las prestaciones entre mi representado y la entidad IBERCAJA , dado que el límite máximo determinado por la cláusula techo es en la práctica inalcanzable. Dicha falta de reciprocidad es el motivo por el que se debe declarar abusiva y nula la cláusula objeto de esta demanda, pues se produce un claro desequilibrio entre los derechos y obligaciones derivados del contrato por la falta de relación de equivalencia o semejanza entre la limitación a la baja y la limitación al alza .

**SEGUNDO.- RECLAMACIÓN EXTRAJUDICIAL.** Que conforme a lo establecido en el Real Decreto-ley 1/2017 de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, y siguiendo el sistema de reclamación previa indicado por la entidad demandada, se presentó solicitud en fecha 26 de noviembre de 2018 para la devolución de los intereses a los cuales hace referencia la aludida cláusula suelo, siendo rechazada dicha solicitud por la entidad bancaria mediante comunicación de fecha 12 de diciembre de 2017 alegando como motivo lo siguiente :

- No se puede determinar el carácter abusivo de una cláusula contractual , ni la existencia de cualquier eventual vicio en el consentimiento prestado .
- No se puede determinar la nulidad de un contrato o de alguna de sus cláusulas .
- Que tampoco puede pronunciarse en relación a la retroactividad de la eliminación de la cláusula suelo de su préstamo hipotecario – lo que comprende la devolución de las cantidades cobradas indebidamente por la entidad como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula - .

Se acompaña la referida solicitud y la comunicación denegatoria del banco como **DOCUMENTOS Nº 2 y Nº 3**

### **TERCERO.-CONSIDERACIONES RESPECTO A LA CLÁUSULA SUELO:**

La cláusula por la que se impone a mis mandantes un suelo en la determinación del tipo de interés aplicable, no ha sido objeto de negociación individual, tratándose de una cláusula predispuesta por la entidad demandada e impuesta unilateralmente.

La cláusula suelo litigiosa es una condición general de la contratación que se inserta entre una gran cantidad de datos e informaciones que diluyen la atención del prestatario y que en ningún momento fue negociada individualmente con ellos, pues jamás se les advirtió de que con independencia de que se hubieran pactado unas condiciones determinadas respecto a las revisiones del tipo de interés, estas quedarían sin efecto al haberse incluido

unas cláusulas que limitaban las revisiones a la baja. Se cumplen pues, las circunstancias de predisposición, pre-redacción, imposición y destino a una pluralidad de contratos.

Mis representados tienen la condición de consumidor con base en la definición establecida en el art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

A dicho contrato le es aplicable la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, dado que según lo dispuesto en su artículo 1 podemos considerar la presente cláusula litigiosa como Condición General al estar impuesta por una de las partes y estar incorporada en pluralidad de contratos hipotecarios. Por su parte el art. 8 declara nulas de pleno derecho las condiciones generales abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, como ocurre en el caso de autos puesto que \_\_\_\_\_ eran el destinatario final de la vivienda, entendiendo por cláusulas abusivas las definidas en el artículo 82 RDL 1/2007, de 16 de noviembre, del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

**Recordemos las obligaciones de la entidad en cumplimiento de lo dispuesto en la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre TRANSPARENCIA DE LAS CONDICIONES FINANCIERAS DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.**

Entre los derechos que se asignan al consumidor contratante destacamos los siguientes:

a) Entrega gratuita de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen, con carácter orientativo, las condiciones financieras de los préstamos y los gastos preparatorios de la operación que corren a cargo del cliente (tasación, comprobación de la situación registral del inmueble...) aun cuando el préstamo no llegue a firmarse. En nuestro caso no se hizo entrega de folleto informativo, ni existe constancia de su entrega.

b) Una vez realizada la tasación del inmueble y las oportunas comprobaciones, la entidad de crédito deberá entregar por escrito una oferta vinculante, que tendrá una validez mínima de 10 días hábiles.

Por lo tanto, resulta evidente que la demandada ha incumplido de manera frontal las obligaciones que le imponía la Orden Ministerial de 1994, pues no entregó a la parte prestataria boletín informativo ni oferta vinculante, y la oferta que se aporta carece totalmente de validez y nada acredita, pues el documento no tiene fecha.

En cuanto a las obligaciones de transparencia que igualmente está obligada la entidad a observar, si tenemos en cuenta lo establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 podemos afirmar que no se cumplieron ninguna de las condiciones de transparencia que, a título meramente indicativo, se manifiestan en la misma:

- 1) No se informó al demandante de que se trataba de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- 2) Se creó la apariencia de que el suelo tenía como contraprestación recíproca la fijación de un techo.
- 3) Se ubicó dicha cláusula en la escritura firmada entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedó enmascarada.
- 4) No se simulaban escenarios diversos, relacionados con el comportamiento, razonablemente previsible, del tipo de interés, en el momento de contratar, en fase precontractual.
- 5) No existieron advertencias previas claras y comprensibles sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad."

Podemos, en definitiva, sostener que la cláusula incluida en el préstamo hipotecario, que limita la variabilidad de los tipos de referencia a los que se indexan los mismos, altera la naturaleza del préstamo, puesto que en la práctica, pasa de ser un préstamo de tipo variable, a fijo modificando la esencia del contrato firmado por las partes, al menos durante un periodo de tiempo, que en algunos casos puede ser una parte importante de la vida del préstamo. En nuestro caso hasta ahora, la realidad es que el préstamo hipotecario firmado a pesar de ser a tipo variable, ha funcionado como si se hubiera signado a un tipo fijo, subvirtiéndose de este modo la esencia del préstamo.

A los anteriores hechos le son aplicables los siguientes,

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **A) JURÍDICO-PROCESALES**

**Primero.- Jurisdicción y competencia.** En relación a la jurisdicción, resultan de aplicación los artículos 117 C.E., los preceptos 2, 9.1, 9.2, 21.1, 22 y 86 ter.2.d) L.O.P.J. y 36 L.E.C. que determinan que es la jurisdicción ordinaria la única competente para conocer de los negocios o demandas civiles que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la L.O.P.J. y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte.

La competencia objetiva viene determinada en el artículo 85.1 L.O.P.J. que establece que los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden jurisdiccional civil, en primera instancia, de los juicios que no vengan atribuidos por la LOPJ a otros juzgados o tribunales. Conforme la reforma operada por la Ley Orgánica núm. 7/2015, de 21 de julio, pues el

artículo 86 ter.2.d) LOPJ, dispone que todas las reclamaciones individuales de consumidores son competencia de los juzgados civiles correspondientes.

Por lo que respecta a la competencia territorial, es aplicable el art. 52.1.14 LEC.: *“En los procesos en que se ejerciten acciones para que se declare la no incorporación al contrato o la nulidad de las cláusulas de condiciones generales de la contratación, será competente el tribunal del domicilio del demandante. [...]”*.

En especial se dirige al **Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Huesca**, toda vez que fruto del acuerdo de 25 de mayo de 2017, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye a determinados juzgados, con competencia territorial indicada para cada uno de los casos, para que de manera exclusiva y no excluyente conozcan de la materia relativa a las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física, es dicho Juzgado al que se deberán dirigir la presente demanda en relación con el objeto del Juicio.

**Segundo. Clase de juicio.** Atendiendo a la **cuantía indeterminada** del pleito, se seguirá el cauce del juicio declarativo ordinario, en aplicación del artículo 249.2 de la LEC.

Debe seguirse el cauce del Procedimiento Ordinario, pues, conforme a lo dispuesto en el art. 253.3 LEC, debería considerarse la cuantía como indeterminada, toda vez que la acción rectora de las diferentes acumuladas es la meramente declarativa de nulidad.

A mayor abundamiento, el artículo 249.1.5º también remite a este procedimiento cuando se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de la contratación, aunque en este caso y por el acuerdo del pleno citado en el FD anterior se sustancia ante los Juzgados de lo Civil.

**Tercero. Legitimación.** El artículo 10 de la LEC legitima para comparecer y actuar en juicio a los titulares de la relación jurídica o del objeto litigioso. En este caso la relación existente entre demandante y demandado se basa en la relación contractual, surgida del contrato suscrito entre las partes.

**Cuarto. Postulación procesal.** En aplicación de los artículos 23 y 31 de la LEC el actor comparece representado por Procurador y asistido por Letrado siendo la cuantía indeterminada.

**Quinto. Cuantía del procedimiento.** Se fija para todos los efectos legales como de **cuantía indeterminada**, dado que lo que se pretende es la nulidad de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario, y por ende, no tiene un interés económico determinable, ni siquiera de modo relativo.

**Sexto.- Costas.** Conforme al artículo 394 LEC, las costas han de imponerse a la demandada, conforme filosofía del vencimiento, máxime teniendo en cuenta la reclamación previa efectuada por mis representados y con respuesta negativa por la entidad financiera demandada.

## **B) JURIDICO-MATERIALES**

**Séptimo.- Fondo del asunto.** Protección de Consumidores y Usuarios. Ley 7/1998, de 13 de junio, sobre Condiciones Generales de la contratación.

La legislación de nuestro ordenamiento en materia de consumidores y usuarios, viene determinada por la legislación comunitaria en dicho ámbito, iniciada por la Directiva 93/13 CEE, que vino a complementar y posteriormente derogar la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, con vigencia hasta el 1 de Diciembre de 2007. Se define en la Ley de Condiciones Generales de la contratación lo que debemos entender por las mismas, en los siguientes artículos.

### **Artículo 1 Ámbito objetivo**

*1. 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.*

*2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.*

### **Artículo 2 Ámbito subjetivo**

*1. La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente.*

El tenor literal es bastante clarificador, y ofrece una definición de lo que debe entenderse como una condición general de la contratación. Tal y como establece la importantísima **sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 09 de mayo de 2013, recurso 485/2012**, *“la exegesis de la norma (Art 1 LCGC) ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación las siguientes: a) Contractualidad, se trata de cláusulas contractuales y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de norma imperativa que imponga su inclusión; b) Predisposición: la cláusula 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 tras la fase de tratos previos, en particular en 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 de que se trate nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula; 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, (parágrafo 137)”*

En palabras de la **sentencia de la AP de Madrid, sec. 11ª, de 21 de febrero de 2006**, *"una condición precisamente es general porque generalmente se impone por la entidad bancaria al usuario, sin que el prestatario haya podido influir en la misma, debiendo aceptarla y adherirse a ella si quiere el servicio"*.

En ese sentido, 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, C-240/98 a C-244/98, apartado25; 26 de octubre 2006, Mostaza Claro, C-168/05 apartado25; 4 junio 2009, Pannon GSM C-243/08 apartado22; 6 de octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08 apartado29).

Las cláusulas a que haremos referencia, podríamos afirmar que ciertamente definen la remuneración del mismo, pero no es obviamente la esencia del contrato. Debe considerarse en efecto que nos encontramos ante unas cláusulas que entrarían en el ámbito del art. 1 de LCGC. Por lo que salta a la vista que tienen carácter de condición general, no ha sido objeto de libre negociación ni fruto exclusivo de la misma, sino que vienen predispuestas e impuestas en la normalidad de los casos (como acaece en este que nos ocupa), resultando la excepcionalidad su negociación particular con el adherente. Y ello aunque varíen o puedan hacerlo en mas o en menos entre unas y otras entidades financieras. De modo y manera que por el prestatario o se acepta el contenido preestablecido por la entidad prestamista o no podrá suscribir el contrato de préstamo. No existe negociación individualizada alguna, pudiendo encontrar el contenido de dicha cláusula en una pluralidad de contratos. Y esto es lo que ocurrió en el caso de autos.

En definitiva se trata de cláusulas reconocibles en cuanto que aparecen integradas en una pluralidad de contratos, y por tanto con generalidad, elaboradas de forma unilateral y previa por el predisponente operador bancario, para su incorporación a los mismos, con independencia de la autoría material de las mismas, conforme el artículo 1.2 LCGC, artículo 3.2 de la Directiva 93/13 y el artículo 59.3 TRLCyU.

Por tanto, concurren todos los requisitos para considerar que estamos ante condiciones generales, regulada en el Art. 1 de la LCGC, es decir, se trata de cláusulas predispuestas por la entidad demandada, que fueron redactadas unilateralmente por la misma antes de la fase de celebración del contrato, con total ausencia de negociación individual, lo que supone la exclusión del principio de autonomía de la voluntad en la determinación del contenido del contrato, por tanto, su incorporación no obedece al previo consenso de las partes sino a la voluntad de la parte predisponente, conociendo el cliente que de no aceptar la mismas le sería denegado el préstamo.

Asimismo, se establece el régimen de efectos de las condiciones generales que no hayan sido sometidas a una información adecuada al contratante, y especialmente de manera específica para que pueda tener conocimiento de todas aquellas cláusulas que constituyan condiciones generales de la contratación, y por tanto no hayan sido objeto de negociación o acuerdo individual con cada consumidor.



### **Artículo 7 No incorporación**

*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 o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.*

**b)** *Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.*

### **Artículo 8 Nulidad**

**1.** *Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.*

**2.** *En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.*

En primer lugar, debemos manifestar que la legislación comunitaria, ex Directiva 93/13 y la legislación nacional expuesta, determinan que los tribunales de justicia tienen plena legitimidad para examinar el carácter abusivo de las cláusulas insertas en contratos celebrados con consumidores (a los efectos del Art 9 expuesto).

Deviene fundamental entonces, la acreditación de que ha existido una información y negociación para establecer esta cláusula o condición general, todo ello previamente a la firma del contrato. De modo que si se prueba que la cláusula controvertida ha sido negociada de forma individual, se excluiría la protección al consumidor/adherente establecida tanto en el TRLGDCU como en la LCGC. Por lo que **si la entidad financiera alega esa negociación individual, le corresponder la carga de la prueba**, a fin de acreditar que ha existido negociación. Todo ello resulta de que en esta materia contamos con una específica regla de la carga de la prueba que se encuentra en el artículo 82.2, párrafo segundo de la LGDCYU, a cuyo tenor: **"El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba"**. Tampoco podemos obviar que la referida la OM de 1994 impone la obligación al Notario de informar a las partes, en particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja.

A tales efectos, podemos encontrar la ilustrativa sentencia de como se expuso en la **sentencia de la AP de Cáceres, de 24 de abril de 2012**, de que la prueba de la negociación individual *"no es óbice ni queda suplido por la intervención del Notario en el otorgamiento de la escritura pública del préstamo hipotecario, pues la realidad demuestra que los borradores de referidas escritura son efectuados por las propias entidades financieras, sin intervención alguna de los clientes, quienes comparecen ante los fedatarios públicos para firmar lo que ya está redactado de antemano por la entidad bancaria, sin posibilidad alguna de discutir, ni menos aún modificar referidas cláusulas so pena de quedarse sin préstamo"*.

En previsión de las alegaciones que hará la parte demandada, sobre la imposibilidad de control sobre las cláusulas definitorias del precio del contrato, ex Art 4 de la meritada Directiva 93/13, debemos referirnos a la la STJUE 3 junio 2010, caso Caja Madrid, concluye (§ 35): "De ello se sigue que las cláusulas contempladas en el artículo 4, apartado 2, están comprendidas en el ámbito regulado por la Directiva y, en consecuencia, el artículo 8 de ésta también se aplica a dicho artículo 4, apartado 2".Y en el apartado 1 del fallo "Los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible".

En las conclusiones del Abogado General, Sr. Nils Walsh, del caso Árpád Kásler, C-26113, vuelve a analizar el art. 4.2 de la mencionada Directiva y en su § 35 dice que *"... resulta sorprendente que la Directiva 93/13, cuyo principal objetivo es proteger al consumidor, excluya al mismo tiempo que pueda apreciarse el carácter abusivo de las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente y que se sitúan en el propio núcleo del contrato. Esto explica ciertamente que determinados Estados miembros hayan elegido ampliar el nivel de protección otorgado por la Directiva 93/13, no incorporando la limitación derivada del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, en sus normas de transposición"*. Aludiendo directamente a nuestro ordenamiento jurídico el § 37 dice *"El Tribunal de Justicia puso parcialmente esta paradoja en la sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, antes citada, que aportó precisiones significativas con respecto al papel que desempeña el artículo 4, apartado 2, en el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13"*. Cuando se resuelve dicho asunto, la STJUE 30 abril 2004, C-26/13, caso Árpád Kásler, entiende que es posible que las cláusulas contempladas en su art. 4.2., puede ser analizadas, máxime cuando España no ha incorporado tal apartado de la citada directiva, lo que supone que los tribunales españoles pueden analizar el objeto principal del contrato, y la adecuación entre el precio y la retribución.

Además tal tesis se mantiene por nuestra jurisprudencia en STS 4 noviembre 2010 y 29 diciembre 2010, cuando declaran nulas las llamadas "cláusulas de redondeo", y la STS 2 marzo 2011, rec. 33/2003.

Por todo lo expuesto en párrafos anteriores, llegamos a una conclusión evidente, cual es que la entidad financiera demandada, viene de manera habitual imponiendo en los contratos de préstamo que celebra con sus clientes una serie de cláusulas, redactadas de manera unilateral por la misma, que no son objeto de la negociación del préstamo y de cuya existencia no se ofrece información alguna a los contratantes.

#### **Octavo.- Más fondo. Control de Transparencia.**

Así pues, la **STJUE de fecha 30 de abril de 2014, Caso Kasler y Kaslerne Rabai**, declaró que *"la exigencia de transparencia que figura en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva*

93/13 tiene el mismo alcance que la formulada en el artículo 5”, para responder afirmativamente a la cuestión planteada, de si esa obligación de transparencia se ha de concebir como una exigencia de que no sólo la cláusula fuera redactada de manera clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor (lo que el TS denomina transparencia formal), sino también de que las razones económicas que sustentan el empleo de esa cláusula contractual fueran claras y comprensibles para ese mismo consumidor (la denominada transparencia material).

En esa misma resolución, estableció asimismo que el Artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, debía interpretarse en el sentido de que *“la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que dicho contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo...de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas de su cargo”*

La **STJUE de 9 de julio de 2015, asunto Bucura**, vino a afirmar a este respecto que *“corresponde al órgano jurisdiccional nacional, determinar si un consumidor medio...puede evaluar, a partir de los procedimientos de cálculo de los intereses anuales que han sido puestos en su conocimiento, las consecuencias económicas de su aplicación a efectos de calcular las mensualidades que deberá abonar en definitiva, y por lo tanto, el coste total de su préstamo”*

Puesto que la validez de estas cláusulas controvertidas, depende de una cuestión de transparencia, podría considerarse que su eficacia dependería únicamente del cumplimiento de los requisitos de incorporación de las condiciones generales al contrato, previstos en el art. 5 de la LCGC. Estos requisitos se concretan en la puesta a disposición del adherente de las condiciones generales antes de la celebración del contrato (art. 5.1 LCGC) y en una redacción de las cláusulas con transparencia, claridad, concreción y sencillez” (art. 5.5 LCGC), así como una información clara al consumidor.

La referida STS 09 de mayo de 2013 (que es de igual aplicación a este supuesto, en tanto en cuanto, establece los criterios del Alto Tribunal para determinar los criterios de transparencia), señala que las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no sólo están sujetas a un mero control de incorporación, como el resto de condiciones generales, sino que además están sujetas a un control de transparencia adicional, en virtud del cual, aun habiendo superado los requisitos de incorporación pueden resultar ineficaces. Lo que antes hemos denominado como transparencia material, frente a la mera transparencia formal

Sobre el alcance de la obligación de transparencia de este “segundo filtro” de la transparencia material, a que se refiere dicha sentencia, la misma señala que el mismo tiene por objeto, *“que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez 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”* (párrafo. 210).

*Así como en su "Párrafo 211. En este segundo examen, 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"*

Esto viene complementado con una serie de obligaciones, que derivan de distinta normativa a nivel reglamentario; así pues el derecho a recibir un ejemplar del contrato de préstamo a suscribir, según la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago y la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Y también obtener un ejemplar de la oferta vinculante de la entidad en préstamos hipotecarios sobre viviendas (Orden EHA/2899/2011), con anterioridad a la suscripción del préstamo hipotecario.

Y aquí tiene una fundamental importancia, la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Esta Orden, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario. En concreto, el Art. 3 de la OM citada impone a la entidad financiera la obligación de entrega un folleto informativo a todo aquel que solicite información sobre los préstamos hipotecarios; folleto que tendrá carácter informativo, y el Art. 5 establece la obligación de la entidad financiera de efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o notificarle la denegación del préstamo. Así mismo, el Art. 6 impone la obligación de consignar de forma separada las cláusulas financieras entre las que se encuentra la limitación del tipo de interés variable del resto del clausulado del contrato.

Podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que la entidad demandada, no cumplió con todas estas exigencias y deberes, que le impone la normativa expuesta, lo que determina la existencia de un déficit de información y transparencia en la contratación del préstamo hipotecario por parte de mí representado.

A la vista de todo esto, resulta más que evidente que en ningún momento de la fase precontractual, o en la firma del contrato de préstamo hipotecario, se han respetado estas exigencias de transparencia e información por parte de la entidad demandada. Y ello porque en definitiva, respecto a las cláusulas a las que haremos referencia, no se suministró la información precisa y necesaria, tanto sobre su existencia y aplicación, como de las consecuencias económicas sobre el coste del préstamo y el incremento del montante de las cuotas del mismo. Ello determinaría por sí solo, que entendamos que nos encontramos ante una serie de cláusulas abusivas, cuyo efecto es la declaración de nulidad de las mismas

y el tenerlo por no puestas en dicho contrato, es decir, la no vinculación en modo alguno para con mi mandante.

### **Noveno.- Cláusulas contractuales afectadas.**

El art. 8 LCGC determina qué condiciones generales de la contratación son nulas, nulidad que se podrá hacer valer mediante el ejercicio de acciones individuales, a través de la cual el adherente podrá acudir a los tribunales, en defensa de sus legítimos intereses, a fin de obtener la declaración de nulidad o de no incorporación de determina cláusula; sin que la norma imponga en ningún momento que sólo se podrá instar la nulidad de las cláusulas contractuales que se hayan aplicado. Ni esto se deduce de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, máxime si tenemos presente la interpretación que de la citada directiva hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, a modo de ejemplo, el apartado 50 del ATJUE de 11 de junio de 2015 dispone: *"a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una "cláusula abusiva", en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica).*

**Décimo.- Supuesto concreto de novación del préstamo hipotecario.** La novación no excluye la consideración de condición general de los contratos de las cláusulas de limitación de la variación del tipo de interés, como así se indica en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013: " 143. [...] *El empresario, al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por este que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. Tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato, tanto por ser el consentimiento uno de sus elementos desde la perspectiva de la doctrina clásica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1261.1º CC ( LEG 1889, 27 ) -"[n]o hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes [...]"- como por exigirlo de forma expresa el artículo 5.1 LCGC según el cual "[l]as condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo "*. Por lo tanto, la novación de las condiciones financieras no supone que hayan sido negociadas y se someten al control de transparencia, sin que se puede extraer consecuencia alguna de la modificación que aquella comporte: " 235. *Como regla el enjuiciamiento del carácter eventualmente abusivo de una cláusula debe referirse al momento en el que se suscribe el contrato y teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el art. 4.1 de la Directiva 93/13 [...] el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa" (en este sentido SSTJUE antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 42, Banif Plus Bank, apartado 40 y Aziz, apartado 71). 236. También el artículo 82.3 TRLCU dispone que "[e]l carácter abusivo de una cláusula se apreciará [...] considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa "* (STS 9 de mayo de 2013). Así pues, el carácter abusivo de la cláusula se apreciará *"considerando todas las circunstancias [...] de otro del que dependa "*, como se indica en la sentencia ya citada. Una novación o una subrogación,

como indicaremos después con más detalle, no excluye la consideración de la abusividad de la cláusula porque lo que se valora es su potencial efecto de transmisión de la carga económica del contrato celebrado (onerosidad o sacrificio patrimonial que supone la aceptación de la cláusula como contrapartida a la prestación económica que se quiere obtener) y su carga jurídica (definir y destacar la cláusula como elemento esencial del contrato que delimita la obligación de pago del prestatario, y delimitar la asignación o distribución de los riesgos de su aplicación y desarrollo). Resulta irrelevante si la cláusula se introduce por primera vez con la novación o si se reitera íntegra o parcialmente la que ya preexistía: el hecho de la novación no añade una mayor carga de transparencia; si la cláusula no se identifica y destaca como elemento esencial del contrato y deja patente la distribución de riesgos, y si no subraya la onerosidad que supone en relación con las obligaciones del prestatario, es igual que se incorpore a un condicionado inicial (el de un eventual préstamo originario) o a unas condiciones, igualmente predispuestas, posteriores (llámese novación o subrogación). (...)”.

#### **Undécimo.- CONDENA AL REINTEGRO**

Como consecuencia de la declaración de nulidad, y en aplicación del artículo 1.303 del Código Civil, procede la restitución de las cosas que se recibieron por razón de la cláusula contractual cuya nulidad e ineficacia se solicita. Por ello, como efecto derivado de la nulidad peticionada en nuestro escrito de demanda, la entidad debería devolver a mis mandantes las cantidades que se han cobrado en exceso durante la vida del préstamo.

#### **Duodécimo.- DE LOS INTERESES**

Los intereses debidos son los legales del dinero a partir de la reclamación judicial (artículo 1.101 y 1.108 del Código civil), esto es, a partir de la interpelación judicial, sustituidos por los moratorios procesales a partir del dictado de la sentencia de primera instancia (artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

En su virtud,

**AL JUZGADO SUPlico:** Que, teniendo por presentado este escrito junto con los documentos que lo acompañan y copias de todo ello, se sirva admitirlo, tenerme por comparecido y parte en la representación que ostento de \_\_\_\_\_ por interpuesta DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO EN EJERCICIO DE ACCIÓN INDIVIDUAL DECLARATIVA DE NULIDAD DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN CONTENIDAS EN PRÉSTAMO HIPOTECARIO Y DE DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS, contra la entidad mercantil **IBERCAJA** y previos los demás trámites, se dicte Sentencia estimatoria de la presente, conforme a lo siguiente:

1. Se declare la nulidad de la cláusula suelo incluida en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 07/01/2004, **señalada en la cláusula Financiera , en el apartado Instrumento de Cobertura de tipo de interés , la cláusula con los siguientes límites al tipo de interés aplicable señalándose como “tipo**

**mínimo de interés el 3,75 % " nominal anual durante el periodo de amortización y como "tipo máximo de interés el 9 % " nominal anual.**

2. Consecuentemente, se condene a la entidad demandada a eliminar dicha cláusula del préstamo hipotecario, debiendo proceder con el recalcule del cuadro de amortización del préstamo suscrito desde la fecha de la primera revisión hasta la última cuota satisfecha, aplicando el interés de referencia (Euribor) y el diferencial pactado según la escritura de préstamo suscrito en fecha 07/01/2004.
3. Se condene a la entidad demandada a la devolución a los prestatarios de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula suelo, relativa a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés variable ("cláusula suelo"), así como a reintegrar todas aquellas cantidades que por ella pudieran ser percibidas en exceso durante el presente procedimiento como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo (3,75 %), en lugar del diferencial pactado + Euribor, resultando su cuantía la diferencia existente entre ambos, y en todo caso, más el interés legal del dinero que corresponda desde la fecha de cada cobro y sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC.
4. Que se condene a la entidad a practicar la liquidación correspondiente a las anteriores cantidades mediante las operaciones aritméticas que sean necesarias, atendiendo al art 219 LEC, que se deberán determinar en ejecución de sentencia, con el deber de la demandada de proceder al recalcule de la deuda y nueva elaboración del cuadro de amortización sin aplicación de la cláusula suelo.
5. Todo ello con expresa **condena en costas** a la parte demandada, ex art. 394 L.E.C.

**OTROSÍ PRIMERO DIGO:** Que esta parte manifiesta su voluntad expresar, de subsanar cualquier omisión o defecto en que de manera involuntaria pudiera incurrir en la presente demanda, de conformidad con lo dispuesto en el Art 231 LEC.

**AL JUZGADO SUPlico:** Que tenga por hecha la anterior manifestación a los efectos legales oportunos.

**OTROSÍ SEGUNDO DIGO:** Que, de conformidad con el art. 265.2 relacionado con el precepto 268, 270 y ss. L.E.C., esta representación procesal deja designados los archivos públicos y privados, de todas las entidades, sujetos y organismos a los que se haya referenciado en el cuerpo de la presente demanda, así como de los documentos adjuntos a la misma, para el supuesto de que sean impugnados de contrario.

**AL JUZGADO SUPlico:** Que tenga por efectuada la presente manifestación, a los efectos procesales oportunos.

**OTROSÍ TERCERO DIGO:** Que de conformidad con lo previsto en el Art 328 LEC, esta parte interesa, con independencia de su solicitud en el momento procesal oportuno, que la parte demanda exhiba con aportación de copia a los Autos, la documental consistente en:

- Cuadro de amortización y abono de las cuotas del préstamo hipotecario, desde la fecha de la firma del préstamo hipotecario, hasta la actualidad, especificando lo amortizado en concepto de interés ordinario y de devolución del principal.
- Documentos e información precontractual ofrecidas a \_\_\_\_\_ con constancia de la fecha y lugar y debidamente firmadas por mis mandantes.

**AL JUZGADO SUPlico:** Que tenga por efectuada la presente manifestación, a los efectos probatorios oportunos.

Tarragona, 5 de Septiembre de 2019

**Fdo. Raül Domingo Jordi**

**Letrado**

**Fdo.**

**Procuradora**