

AL JUZGADO DE LO MERCANTIL

D^a. _____, Procurador de los Tribunales y de D. _____, según consta suficientemente acreditado por medio de designación apud acta que acompaño a la presente, ante el Ilmo. Juzgado comparezco y como mejor proceda en derecho, **DIGO:**

Que en la meritada representación, por medio de este escrito vengo a formular **DEMANDA DE JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO** contra la entidad _____ S.A., provista de CIF. A _____ y domicilio social en Plaza _____, todo ello en reclamación de las declaraciones y condenas que se especifican en el suplico de este escrito y con base en los hechos y fundamentos que a continuación se detallan.

HECHOS

PREVIO.-BREVE APUNTE SOBRE LA PRESENTE LITIS: NULIDAD DE CLAUSULAS CONTENIDAS EN EL CONTRATO DE NOVACION DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO.

La presente demanda se basa fundamentalmente en la existencia de cláusulas abusivas contenidas en el contrato de novación de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por mi mandante, D. _____, con CAJA DE AHORROS DE _____, ahora _____ S.A., con ocasión de la adquisición de una vivienda en la localidad de María de Huerva (Zaragoza), sita en calle _____, que _____

_____ y transparencia por parte del personal de la entidad financiera demandada.

PRIMERO.-SOBRE LAS PARTES.

a) Mi representado y parte demandante en este procedimiento es D. _____, mayor de edad, de nacionalidad española, provisto de DNI nº _____ y con domicilio sito en calle _____, de María de Huerva (Zaragoza).

b) La parte demandada es la entidad _____, S.A., provista de CIF. _____, y domicilio a efectos del correspondiente emplazamiento en Plaza _____.

SEGUNDO.-DEL PRESTAMO HIPOTECARIO.

Tal como se ha avanzado anteriormente, la presente demanda trae causa del contrato de novación modificativa de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por mi poderdante con la entidad CAJA _____, en fecha 23 de diciembre de 2010 ante _____

_____ y que distan de pleno de las informadas por la entidad CAJA _____.

A los efectos acreditativos oportunos se acompaña a la presente señalada como **DOCUMENTO NÚMERO UNO** copia simple de la escritura de novación modificativa de préstamo hipotecario suscrita por mi principal, D. _____, con la entidad CAJA _____, designándose los archivos de la entidad demandada a efectos de eventuales impugnaciones.

La citada finca sita en María _____
_____ por el Notario de _____, el día 8 de mayo de 2.001, modificada y ampliada por otra

autorizada por el citado Notario _____, el día 24 de noviembre de 2.003, número _____, entre _____ S.A. a favor de la CAJA _____, en garantía de un préstamo concedido a aquélla, que fue modificado y ampliado nuevamente, mediante escritura autorizada por el Notario de Zaragoza _____, el día 26 de noviembre de 2.007, número _____. Mediante contrato privado suscrito con fecha 13 de marzo de 2.009, fue distribuida la responsabilidad hipotecaria entre las fincas resultantes de la división horizontal realizada.

El préstamo hipotecario suscrito por mi principal es resultado de la novación del mismo efectuada por éste en el préstamo con garantía hipotecaria suscrita por _____ S.A (_____) y la entidad bancaria CAJA DE _____.

Pues bien, fue en este concreto escenario, de plena confianza respecto al grupo crediticio respecto al cual iban a obligarse, en que se suscribió la citada novación del préstamo con garantía hipotecaria, en el que si bien como prestatario o _____

_____ temporal hasta que el capital pendiente de amortizar quedare reducido a la cantidad de CIENTO OCHENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y UN EUROS (185.471.-€), es decir, afianzando la cantidad de CUARENTA Y OCHO MIL CIEN EUROS (48.100.-€).

El préstamo, por el importe que refiere la escritura acompañada, quedaría garantizado con el inmueble adquirido por D. _____ en María de Huerva, Zaragoza, sito en la calle _____, obligándose éste a la devolución del _____

_____ de principal o interés, de OCHOCIENTOS NOVENTA EUROS CON NOVENTA Y TRES CENTIMOS (890,93.-€) de conformidad con el tipo en vigor a fecha de suscripción del citado contrato de préstamo.

Por lo que refiere a los **intereses (cláusula primera)**, el préstamo hipotecario establece que, a partir de la fecha de suscripción, el capital entregado devengará a favor de la entidad un interés del 2,95 % nominal anual, el cual

variará a partir del día 24 de diciembre de 2012 en el que se aplicará el tipo de referencia interbancaria a un año “Euribor” e incrementado en 1 punto porcentual.

Sin embargo y a pesar de la cláusula que antecede por lo que respecta a los intereses [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] **techo y suelo**, que en su practicidad supondría la inoperatividad de los intereses fijados en la cláusula "INTERES" así como, sus posibles bonificaciones para venir a aplicarse al préstamo hipotecario ese límite mínimo del 2,95% a que hacemos referencia y que va a suponer el objeto de la litis del modo en que se expondrá en lo sucesivo.

TERCERO.-SOBRE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS Y SU NULIDAD.

Por cláusulas abusivas entendemos a todas aquellas estipulaciones no negociadas [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] **a mi patrocinado**, en tanto *persona física o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta como destinatario final, 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.*

A su vez, tampoco cabe duda sobre el hecho de hallarnos ante un **contrato de adhesión**, no negociado individualmente sino predispuesto por la entidad financiera en cuestión, siendo los requisitos que han de reunir tanto las

condiciones generales como las cláusulas no negociadas individualmente de los contratos celebrados con consumidores, resumidamente, los siguientes:

- (i) concreción, claridad y sencillez en la redacción, sin reenvíos a textos o documentos no facilitados previa o simultáneamente a la conclusión del contrato;
- (ii) entrega, salvo renuncia expresa, de recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o en su caso, de presupuesto debidamente explicado; y
- (iii) buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

En este sentido, debe tenerse presente el establecimiento, en estos casos, de una regla [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED] regla general, por lo que ha de presumirse que las cláusulas de estos contratos no han sido negociadas individualmente por el consumidor, y, si excepcionalmente lo han sido, el profesional habrá de acreditar este hecho fuera de lo común.

Por lo que refiere al régimen de ineficacia contractual que se prevé para estas cláusulas abusivas señalar que éste es el de nulidad de pleno derecho: “*serán nulas de pleno* [REDACTED]

[REDACTED] determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá ser declarada la ineficacia del contrato en su totalidad.

Dicho lo cual, nos adentraremos en el análisis del clausulado contractual objeto de la litis.

CUARTO.-SOBRE LA FALTA DE INFORMACION Y TRANSPARENCIA DEL PRESTAMO HIPOTECARIO Y LA EXISTENCIA DE CLAUSULA SUELO.

Como es sabido, el ámbito de la contratación bancaria y de las entidades financieras [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED] de forma masiva celebran contratos con bancos y otras entidades financieras, desde los más simples, como la apertura de una cuenta, a los más complejos, como los productos de inversión con los que se pretende rentabilizar los ahorros, saliendo al paso de ese modo de la cultura del "dónde hay que firmar" que se había instalado en este ámbito, presidido por las condiciones generales, y a la que ya aludía el profesor Garrigues en su clásica obra "Contratos bancarios".

En este sentido, [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED] en la fase contractual -mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones- como, finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación.

Por lo que refiere al establecimiento de cláusulas suelo en préstamos hipotecarios, ninguna duda cabe que nuestra normativa ha venido permitiendo la inclusión de éstas en contratos celebrados por las entidades financieras con consumidores, si bien, única y exclusivamente podrán ser lícitas si cumplen con unos exigentes y rigurosos parámetros de transparencia que permita al

consumidor [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED], en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

Y en este sentido, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013** enumera una serie de factores que deben de tomarse en cuenta en valoración del carácter abusivo de una cláusula suelo como la que nos trae causa por razón de un defecto de transparencia por parte de la entidad financiera, a saber:

a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.

b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.

d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.

e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.

f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Por su parte, el **Auto dictado por el Tribunal Supremo en fecha 3 de junio de 2013**, en aclaración de la Sentencia dictada por este mismo órgano de 9 de mayo de 2013, precisó que los anteriores parámetros no conforman una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra.

Asimismo, tampoco determina que la presencia aislada de alguna o algunas, sea suficiente para [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] en la ejecución del contrato, de manera que el resultado pretendido sea susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios y no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real.

Pues bien, dicho lo anterior, entremos en examen de la cláusula que nos trae causa:

a) Sobre la apariencia de encontrarnos ante un préstamo a interés variable y la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación la fijación de un techo.

Por lo que refiere a los intereses del capital prestado por la entidad de crédito, el citado contrato de novación de préstamo estipulaba, como estipula, bajo la denominación expresa “**INTERÉS**”, cito literalmente, lo siguiente:

*“El capital devengado, a partir de la fecha referida, devengará a favor de la parte entidad prestamista, un interés del 2,95 por ciento nominal anual, pagadero por **MESES** vencidos.*

El interés nominal inicialmente pactado variará a partir del día 24 de diciembre de 2012 y a partir de dicha fecha se aplicará en cada AÑO sucesivo el tipo de referencia interbancaria a un año “Euribor”, referido al segundo mes anterior a la fecha de indexación, transformado

en base a los días de un año natural e incrementado en 1,00 puntos porcentuales.

En caso de haberse pactado, se ajustará la cuota constante de pago, al nuevo tipo de interés”.

En este sentido, y de forma muy lejana a lo que cabría esperar de una cláusula transparente y [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] un interés nominal anual mínimo del 2,95% y un nominal anual máximo del 8,44%, comportando dichos límites un desequilibrio contractual importante que desvirtuaría la esencia misma del contrato de préstamo a interés variable suscrito entre las partes, cuya verdadera finalidad no es otra que el tipo de interés varíe en función de las fluctuaciones del [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] del mercado hipotecario, información de la que disponía la entidad ante la evidente caída sufrida por el Euribor desde el año 2007 y que hacía presagiar que disminuiría a términos históricos, en perjuicio del interés de mi [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] amo, esto es, en el año 2010, fue en el mes de noviembre de ese año en el 1,541 % del interés nominal, situándose en la actualidad en el 0,255 %.

Asimismo, con la fijación de una cláusula suelo y supuesto techo, la entidad parece garantizar al prestamista un tipo fijo para caso de excesiva devaluación

del índice de referencia pactado para el cálculo del interés pero por el contrario no se ve

nos lleva a la apariencia de contraprestación entre una y otra.

Pero todo ello es absolutamente falso, máxime teniendo en cuenta las fluctuaciones sufridas por el Euribor desde la suscripción del préstamo hipotecario por mi

del préstamo objeto de la litis hasta la interposición de la presente:

| | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 |
|------------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| Enero | 2,312 | 2,833 | 4,064 | 4,498 | 2,622 | 1,232 | 1,550 | 1,837 | 0,575 | 0,562 | 0,298 |
| Febrero | 2,310 | 2,910 | 4,094 | 4,349 | 2,135 | 1,225 | 1,714 | 1,678 | 0,594 | 0,549 | 0,255 |
| Marzo | 2,335 | 3,100 | 4,106 | 4,590 | 1,909 | 1,215 | 1,924 | 1,499 | 0,545 | 0,577 | |
| Abril | 2,265 | 3,221 | 4,253 | 4,820 | 1,771 | 1,225 | 2,086 | 1,368 | 0,528 | 0,604 | |
| Mayo | 2,286 | 3,308 | 4,373 | 4,994 | 1,644 | 1,249 | 2,147 | 1,266 | 0,484 | 0,592 | |
| Junio | 2,103 | 3,401 | 4,505 | 5,361 | 1,610 | 1,281 | 2,144 | 1,219 | 0,507 | 0,513 | |
| Julio | 2,168 | | | | | 1,373 | 2,183 | 1,061 | 0,525 | 0,488 | |
| Agosto | 2,223 | | | | | 1,421 | 2,097 | 0,877 | 0,542 | 0,469 | |
| Septiembre | 2,219 | | | | | 1,420 | 2,067 | 0,740 | 0,543 | 0,362 | |
| Octubre | 2,414 | | | | | 1,495 | 2,110 | 0,650 | 0,541 | 0,338 | |
| Noviembre | 2,684 | | | | | 1,541 | 2,044 | 0,588 | 0,506 | 0,335 | |
| Diciembre | 2,783 | 3,921 | 4,793 | 3,452 | 1,242 | 1,526 | 2,004 | 0,549 | 0,543 | 0,329 | |

De lo que se deriva una conclusión evidente: la contratación de ese denominado y supuesto instrumento de cobertura del tipo de interés no venía a [REDACTED]

[REDACTED] obligación de pago por lo que refiere a los intereses del capital prestado, convirtiendo un préstamo a interés variable en un préstamo a interés fijo, aun cuando, como hemos señalado, la entidad financiera sabía y conocía la previsible evolución del Euribor y que el citado instrumento no protegería en nada a mi principal sino única y exclusivamente a la entidad.

B) Sobre la falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

Por lo que respecta a la falta de información suficientemente clara que debiera haber sido facilitada por la entidad a mi poderdante de encontrarnos ante un elemento [REDACTED]

[REDACTED] documento que se acompaña con la escritura emitida por el Departamento de Administración y Control de Riesgos de fecha 15 de diciembre de 2010.

El citado documento recoge de manera precisa los elementos definitorios del contrato de préstamo: prestatario, novación de las condiciones del préstamo concedido a la mercantil _____, importe del capital prestado, los intereses aplicables a cada uno de los periodos, así como, finalmente, el afianzamiento personal de los padres de mi principal como garantía del préstamo.

Sin embargo, lo que sorprende sobremanera es que tratándose de un documento tan sumamente explícito por lo que refiere a las antedichas condiciones que se dispondrán en el préstamo, **en ningún momento se haga referencia a la existencia o contratación de un supuesto instrumento de**

cobertura de [REDACTED]

[REDACTED] alguna, salvo por lo reflejado de manera confusa en la escritura, de la que podamos extraer como conclusión que se destacó la cláusula suelo como elemento definitorio del contrato de préstamo.

A mayor abundamiento, se extrae del precitado documento que ni siquiera el mismo tiene el [REDACTED]

[REDACTED] alguno de cobertura del tipo de interés, ni en contraposición, la necesidad de contratación de aquél para la concesión del citado préstamo hipotecario.

C) Sobre la ubicación de la cláusula en la escritura de novación de préstamo hipotecario.

En este sentido la demandada, a sabiendas lógicamente del tipo de contrato, de la fecha en [REDACTED]

[REDACTED] de un interés máximo o techo asegurándose mi poderdante el pago de una cantidad máxima en el préstamo hipotecario con plena independencia de las fluctuaciones del Euribor, y como contraprestación, eso sí, de manera sumamente desproporcionada, recordemos un 2,95% de mínimo y un 8,44% de máximo, la fijación de un interés mínimo, aun cuando la entidad conocía de la imposibilidad de que el Euribor en aquel momento y previsiblemente en los siguientes años aumentase siquiera hasta ese límite mínimo.

No siendo lo que [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] de dos periodos diferentes que marcan el porcentaje del tipo de interés aplicable a cada uno de ellos durante la vida del préstamo hipotecario:

“El capital devengado, a partir de la fecha referida, devengará a favor de la parte entidad prestamista, un interés del 2,95 por ciento nominal anual, pagadero por MESES vencidos.

El interés nominal inicialmente pactado variará a partir del día 24 de diciembre de 2012 y a partir de dicha fecha se aplicará en cada AÑO sucesivo el tipo de referencia interbancaria a un año “Euribor”, referido al segundo mes anterior a la fecha de indexación, transformado en base a los días de un año natural e incrementado en 1,00 puntos porcentuales.”

A pesar de ello [REDACTED]
[REDACTED], creando pretendidamente confusión en mi principal por lo que a la operativa del interés aplicable en cada momento se refiere a fin de poder adoptar una decisión libre, consentida y con conocimiento de causa con lo allí estipulado.

D) Sobre la ausencia de simulaciones y de comparaciones con otros productos de la entidad financiera.

Al respecto, debemos partir necesariamente de la exigencia de transparencia en la inclusión de este tipo de cláusulas en los contrato de préstamo hipotecario con conocimiento y legibilidad por parte del consumidor y, por otro lado, del conocimiento y alcance y contenido de la misma.

En este sentido, [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED] garantizan la transparencia y aseguran que el proceso de formación de la voluntad del prestatario se desarrolle libremente - valoración jurídica- de tal forma que la cláusula se suscribe con el adecuado conocimiento y con total información.

Por lo que respecta a la aplicabilidad en nuestro caso del contenido de la Orden Ministerial y adentrándonos en los posibles argumentos que puedan ser esgrimidos de [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED] 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, estipula en su artículo primero lo siguiente:

“Artículo 1. Modificación de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito.

1. El artículo 48, apartado 2, letra a) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, pasa a tener el siguiente texto:

«a) Establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial, las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios. A tal efecto, podrá determinar las cuestiones o eventualidades que los contratos referentes a operaciones financieras típicas con su clientela habrán de tratar o prever de forma expresa, exigir el establecimiento por las entidades de modelos para ellos e imponer alguna modalidad de control administrativo sobre dichos modelos. La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos.»

2. Se introduce una nueva letra h), en el apartado 2 del artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, con el siguiente tenor literal: «h) Determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, así como las operaciones o contratos bancarios en que tal información pre-contractual será exigible. Dicha información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera.»

Lo que, indudablemente, nos lleva a la necesidad de aplicabilidad _____ de la normativa sobre transparencia regulada en la Orden Ministerial al caso que ahora nos ocupa y que tan gravemente incumplieron con mi patrocinado.

Pues bien, en esa _____

_____ caso de aceptación por el consumidor. Y en estas

exigencias es especialmente rigurosa la Orden en tanto que el contenido del folleto debe contener los siguientes:

“Elementos mínimos que contendrán los folletos informativos sobre préstamos hipotecarios sujetos a la presente Orden:

*1. **Identificación del préstamo:** Denominación comercial .Cuantía máxima del préstamo respecto al valor de tasación del inmueble hipotecado.*

*2. **Plazo del préstamo.***

*3. **Tipo de interés:** Modalidad del tipo de interés (fijo/variable).Tipo de interés aplicable (indicación orientativa, mediante un intervalo, del tipo de interés nominal anual, en caso de préstamos a tipo fijo; o del margen sobre el índice de referencia, en caso de préstamos a tipo variable). Índice o tipo de referencia, en préstamos a interés variable (identificación del índice o tipo, indicándose su evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales, así como el último valor disponible).Plazo de revisión del tipo de interés (primera revisión y periodicidad de sucesivas revisiones).*

*4. **Comisiones.***

*5. **Gastos a cargo del prestatario.***

*6. **Importe de las cuotas periódicas:** Se proporcionará al solicitante, a título orientativo, una tabla de cuotas periódicas, en función del plazo y tipo de interés.”*

En cuando a la oferta vinculante, es incluso más exigente en tanto que la misma

_____ que, en realidad, no supone sino otra manifestación de desinformación.

Dicho todo lo cual, podemos afirmar en el caso que nos entretiene que la entidad financiera, CAJA DE _____, en grave perjuicio de mi mandante, incumplió severamente con sus obligaciones de información y

transparencia con mi principal, pues no solo no existió folleto informativo que le permitiera la comparación con otros productos de esa u otra entidad, a excepción hecha de una [REDACTED]

[REDACTED] más importante oferta vinculante, lo que supone la quiebra de uno de los pilares del sistema para garantizar una correcta información precontractual al prestatario, exigencias que no pueden ser suplidas por la información que pueda ofrecer en su caso el notario el día de la firma de la escritura, pues la información que éste debe ofrecer debe ser complementaria y como última garantía.

Lo expuesto, con [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] a por parte de aquélla como una condición general de la contratación, todo ello más con sus intereses y expresa imposición de las costas irrogadas en el procedimiento.

QUINTO.- SOBRE LA RETROACTIVIDAD DE LA CLAUSULA ABUSIVA.

Por lo que respecta a la retroactividad de las cantidades abonadas por mi principal en aplicación de la precitada cláusula suelo contenida en el contrato de préstamo que [REDACTED]

[REDACTED] Civil establece que *"declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que*

hubieren sido materia del contrato, con los frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".

Sin embargo y a pesar de lo anterior, a tenor del conjunto de circunstancias que resolvió el Tribunal Supremo declaró la irretroactividad de la sentencia dictada invocando el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 de la Constitución Española por el riesgo que para el sistema económico español pudiera suponer esa declaración de la obligación de restituir las prestaciones.

Sin embargo, esta representación no comparte los criterios adoptados por nuestro Tribunal Supremo, debiendo procederse a la devolución de los importes abonados por el Sr. _____ en virtud de la citada cláusula suelo impuesta por la entidad demandada, y ello por los motivos que a continuación se exponen.

En primer lugar _____

_____ proceder a la restitución de las cosas, esto es, las cantidades indebidamente abonadas por mi principal con ocasión de la cláusula nula, sin que exista otra excepción aplicable a la regla general.

En segundo lugar porque la justificación de la irretroactividad **no está basada en motivos jurídicos** _____

_____ de las normas jurídicas máxime cuando de ello se deriva un perjuicio a un consumidor y, aunque esto se pretendiera,

entendemos que por la dimensión de la reclamación que efectuamos, no se quiebra ni se pone en riesgo la seguridad jurídica generando un "riesgo de trastorno grave" con trascendencia al orden público económico.

En tercer lugar porque encontrándonos como nos encontramos ante una cláusula nula por [REDACTED]

[REDACTED] vinculantes a las cláusulas suelo a pesar de ser nulas, lo que no es posible jurídicamente.

Pero además, supondría premiar la actitud de las entidades financieras quienes no sufren ningún perjuicio económico por su conducta abusiva, y por el contrario, se hace recaer dicho coste económico en el consumidor cliente cuya buena fe ha sido vulnerada por la entidad de referencia.

En definitiva, no puede protegerse a las entidades financieras como la nuestra que han venido [REDACTED]

En cuarto y último lugar porque las fuentes del ordenamiento jurídico son las que establece el artículo 1 del Código Civil y en este caso, la Ley, como fuente primigenia, establece un efecto muy concreto y sin fisuras a la nulidad contractual sin que pueda derogarse ese efecto por parte de la jurisprudencia.

En conclusión de todo lo [REDACTED]

[REDACTED] al vendremos a solicitar únicamente la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la aplicación por parte de la entidad de la cláusula suelo desde la fecha de publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013.

SEXTO.-CONCLUSIONES: ESTIMACION DEMANDA.

De cuanto se ha narrado y argumentado, así como de los documentos acompañados junto con el presente escrito de demanda, ha quedado debidamente acreditado:

- Que D. _____ y CAJA _____, ahora _____ S.A., _____ a acompañarse como Documento 1 en el presente escrito de demanda.

- Que el contrato de préstamo suscrito estipula el **carácter variable** del mismo por lo que a los intereses se refiere.

- A pesar de lo anterior, la escritura recoge, de manera aislada y poco transparente, en su _____ del 8,44%, comportando dichos límites un desequilibrio contractual importante que desvirtuaría la esencia misma del contrato de préstamo a interés variable suscrito entre las partes.

- En cuanto al carácter de la citada cláusula:
 - Se trata de un elemento definitorio del contrato de préstamo.

 - Establece un límite máximo de interés como contraprestación a la fijación de un límite mínimo.

- Carece de transparencia al ser situada dentro de la escritura de manera aislada, seis páginas más adelante tras exponer las tasas y condiciones de bonificación a las que puede acogerse el prestatario

- La [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] otra entidad, sino que tampoco se facilitó por la entidad simulación alguna sobre el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación, ni lo que es más importante oferta vinculante.
- Que mi patrocinado no negoció individualmente las condiciones del contrato ni pretendía la adquisición de instrumento de cobertura alguno.

Que al tiempo de [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

- Ello nos lleva a que el consentimiento prestado por D. _____ se [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] y fluctuaciones del Euribor en su tendencia bajista, así como en atención a los incumplimientos atribuibles a la misma en cuanto a las exigencias contenidas en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y la Ley

General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y normativa que la desarrolla.

- Que la [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] restituir las cantidades que en aplicación de aquélla hubiera abonado mi principal.

Todo ello, como hemos dicho, nos debe conducir a la estimación íntegra de la demanda, con la [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] principal en aplicación de aquélla desde la fecha de publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013, y la condena en costas a la parte adversa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I- JURISDICCION Y COMPETENCIA

El artículo 86 ter 2 d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial determina la competencia objetiva y funcional de los Juzgados de lo mercantil para conocer en primera instancia de las reclamaciones en materia de condiciones generales de la contratación.

Asimismo, dado que se pretende la declaración de nulidad de condiciones generales de la contratación y puesto que mi mandante tiene su domicilio en el partido judicial del juzgado al cual me dirijo, su situación debe determinar la competencia territorial conforme al artículo 52.1.14º de la Ley de Enjuiciamiento civil.

II- CAPACIDAD Y LEGITIMACION

Todos los litigantes ostentan la suficiente capacidad para ser parte en el presente procedimiento a tenor de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Asimismo, demandante y demandada ostentan legitimación activa y pasiva, respectivamente, por ser las titulares de la relación jurídica objeto de litigio según lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

III- REPRESENTACIÓN E INTERVENCIÓN LETRADA

Mi mandante está representada en este procedimiento por el Procurador que suscribe, con arreglo a lo previsto en el artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y serán asistidos por el Letrado de _____, colegiado _____ y domicilio en _____; por ser su intervención preceptiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la referida ley.

IV.- PROCEDIMIENTO

Deberá sustanciarse por las normas del Juicio Ordinario a tenor de lo prevenido en los artículos 248.2.1º y 249.1.5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en virtud del criterio de atribución preferente de la materia de condiciones generales de la contratación, y según lo previsto para el mismo en los artículos 399 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Asimismo, el artículo 71.2 de nuestra Ley Rituaria dispone a tal efecto que el actor podrá acumular en la demanda cuantas acciones le competan contra el demandado siempre que aquéllas no resulten incompatibles entre sí.

V.- CUANTÍA DEL PROCEDIMIENTO

A los efectos de lo prevenido en el artículo 253 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se hace constar que la cuantía de la presente demanda es indeterminada con arreglo al artículo 253.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al tratarse de una declaración de nulidad de una cláusula de contrato de préstamo, cuyo impacto económico no es posible determinar en este momento.

No obstante lo anterior y aun cuando la acción rectora de las diferentes acumuladas es la declaración de nulidad solicitada, por lo que refiere a la reclamación de cantidad [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED] el Euribor mas 1,00% que hubiera debido ser de aplicación, adicionándose a dicha cuantía en todo caso el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción.

La liquidación deberá realizarse desde el dictado de la Sentencia de nuestro Ilmo. Tribunal Supremo en fecha 9 de mayo de 2013 hasta la terminación del presente procedimiento.

VI.- DEL FONDO DEL ASUNTO

Se dan por reproducidos los Fundamentos de Derecho expuestos en el cuerpo del presente escrito de demanda, así como los que a continuación se señalan.

A.- Sobre la legislación protectora de los consumidores y usuarios:

- Constitución Española.

- **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.
- **Ley 7/1998, de 13 de abril**, sobre Condiciones Generales de la Contratación.
- **Ley 2/2009, de 31 de marzo**, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

Otros elementos de referencia:

- **Circular 5/2012, de 27 de junio**, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.
- **Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre**, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.
- **Circular del Banco de España 6/2010, de 28 de septiembre**, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios.
- **Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio**, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios.
- **Ley 41/2007, de 7 de diciembre**, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero.
- **Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo**, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras.

- **Recomendación de la Comisión de 1 de marzo de 2001**, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos vivienda
- **Orden de 5 de mayo de 1994**, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.
- **Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre**, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

B.- Sobre la existencia de una condición general de la contratación y su aplicación a los contratos con consumidores:

- Artículos 1, 2, 7, 8, 10, 12, 23, 26, 27 y 29 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios.
- Artículos 1 a 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

Se ejercita la acción de nulidad de la cláusula quinta del contrato de novación [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED] español la regulación contenida en la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993.

Las mismas se conceptúan como *"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."*

Así, por un lado, en el presente supuesto la entidad demandada redactó unilateralmente el contrato, y, sin alternativa alguna para mi representado,

incluyó las cláusulas que consideró convenientes, negociando únicamente la suma prestada, las cuotas y los plazos de devolución en función del interés fijo - en su primer tramo hasta el 24 de diciembre de 2012- o variable - a partir de esa fecha hasta su completa amortización a razón de Euribor más un punto. Negociación individual que no excluye la aplicación de la normativa citada, conforme al apartado segundo del referido art. 1. De esta forma, la cláusula impugnada se impuso a mi cliente sin mayor información al respecto en el sentido de que, con independencia de las oscilaciones del Euribor, los intereses aplicables se verían limitados en un mínimo del 2,95 % nominal anual.

Se reúnen, por ello, los requisitos que exige el precepto legal mencionado. Las cláusulas se incorporaron al contrato, sin que mi representado pudiera, en absoluto, modificar dicho contenido obligacional, y sin que existiera, siquiera, una mínima negociación al respecto. Extremos que definen el elemento de imposición, tal y como recoge la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 13 de septiembre de 2.012. Y asimismo, concurren los elementos de predisposición y generalidad, al haberse determinado este tipo de cláusulas por la propia entidad bancaria, con independencia de la persona del prestatario.

En esta misma línea, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de León dictada el 11 de marzo de 2.011, la cual, sobre este particular, define las Condiciones Generales de

[REDACTED]

Por lo que refiere a su aplicación a los contratos dirigidos a consumidores, conceptuada la estipulación quinta objeto de impugnación, como una condición general de contratación, es de aplicación la ley especial que la regula, en virtud de su art. 2, al reunir la entidad bancaria demandada la condición de profesional predisponente, conforme se ha razonado, y ser mi mandante una persona física adherente; y al no encuadrarse en uno de los contratos excluidos en el art. 4 del mismo texto legal.

Asimismo, debe tenerse también en cuenta la normativa relativa a la protección del consumidor, al concurrir dicha condición en mi mandante, quien es profesional de la [REDACTED]

C.- Sobre la condición de abusiva de la cláusula quinta:

- Artículos 1, 2, 7, 8, 10, 12, 23, 26, 27, 29 y 82 a 91 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios.
- Artículos 1 a 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

Conforme al art. 82.1 LGDCU son cláusulas abusivas "*todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas* [REDACTED]

[REDACTED] *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*" y, a continuación, en los arts. 85 a 90 de la citada Ley, se establece un catálogo de condiciones que de estar alguna de ellas incluidas en un contrato celebrado entre un empresario y un consumidor se considerarán abusivas.

Asimismo, el art. 8.2 LCGC señala que, en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, aquellas que no cumplan los requisitos que relaciona el art. 10 de la Ley 26/1984, [REDACTED]

[REDACTED] se deriven del contrato, y ser contraria a las exigencias de la buena fe". Requisitos a los cuales la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictada el 7 de octubre de 2.011 añade la ausencia de negociación.

En este caso, el desequilibrio es evidente, se fija una cláusula suelo del 2,95% y un techo de 8,44% sin que exista posibilidad real alguna de que los tipos asciendan a ese porcentaje máximo estipulado en el préstamo, perjudicándose a mi poderdante en beneficio de la entidad financiera, sin contrapartida real que invierta las posiciones y compense el bloqueo que el tipo sufrirá en su descenso.

[REDACTED] que "en todo caso, y sean cuáles sean las causas y explicaciones que subyacen en la determinación de los umbrales o acotaciones, lo cierto es que, en la mayoría de los casos, no ofrecen una protección efectiva para los clientes particulares del riesgo de subida de tipos, debido a

los altos niveles que alcanzan los techos. En consecuencia, las acotaciones al alza, pese a alcanzar una parte significativa de la cartera, no tienen, en general virtualidad como mecanismo de protección real y efectiva frente a incrementos de tipos de interés".

Por lo que refiere a la sentencia del **Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2.013**, indica que el desequilibrio puede manifestarse en la propia oferta desequilibrada, en la

[REDACTED]

[REDACTED], por mandato del **art. 82.3 LGDCU** con las especialidades del sector financiero (en el marco de los servicios prestados por la demandada), y el conocimiento que el banco tiene de la evolución de los tipos de interés, tras realizar un cálculo de todas las variantes normales que pudieran concurrir y tenerse en cuenta.

Conocimiento que debió traducirse en una obligación de informar de manera pormenorizada a mi mandante al respecto en atención al especial deber de información que debe adornar la contratación bancaria y la actuación de las entidades financieras en general, dotando de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, por la especial complejidad del sector financiero y la contratación en masa, pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor le conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación.

Con ello, se evidencia una falta absoluta de buena fe, por parte de la entidad bancaria, la cual pasa de puntillas por una cláusula desequilibrada conscientemente a partir de sus especiales fuentes de conocimiento, y que, cumpliendo el tercer requisito, nunca se negoció con mi representado.

Extremos sobre los que han recaído numerosas resoluciones, al haberse generalizado este tipo de cláusulas en el mercado, de ellas son ejemplos la sentencia de la **Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª de fecha 19 de junio de 2.012** la cual afirma que *"La entidad financiera sabe, desde que predispone la cláusula*

[REDACTED]

[REDACTED], con otra que sabe que nunca tendrá virtualidad práctica, todo ello en un acto de clara contradicción con la buena fe; en un acto, por ello, claramente abusivo y que, por tanto, debe provocar la nulidad de la cláusula como acertadamente estableció el juzgador de la instancia".

La **sentencia del mismo Tribunal de fecha 23 de mayo de 2.012**, que señala que *"no existe proporción entre los límites de interés. La entidad financiera se protege frente a una sustancial bajada de los tipos de interés"*. En esta misma línea, se mencionan otras sentencias significativas de Juzgados de lo Mercantil. Como ejemplo, la antes referida sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de León de fecha 11 de marzo

[REDACTED]

[REDACTED] cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa".

Y es precisamente el presente marco contextual financiero el que permite extraer como conclusión del examen de la evolución del índice tomado como referencia en la cláusula (Euribor) que desde un punto de vista estadístico

pueda calificarse de irreal la posibilidad de incremento de dicho índice por encima del 8,44% en el que la demandada viene fijando el límite superior en el presente contrato de préstamo.

Efectivamente, la evolución del Euribor facilitada por esta representación revela que el tipo más alto que ha llegado a alcanzar en el año de suscripción del préstamo fue en noviembre de ese año en el 0,770% y desde su inicio en 1999 del 5,384% registrado en septiembre de 2008, porcentajes más que distantes del límite superior contemplado por la condición general cuestionada.

Y aún cuando es cierto que otros índices tomados como referencia en los préstamos [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] pactado para la devolución del préstamo también notablemente más reducida.

Por último, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Alicante de fecha 23 de junio de 2.011 concluye que *"Debemos tener presente que la naturaleza del contrato de préstamo no puede pasar inadvertida a la hora de valorar el posible desequilibrio de las prestaciones porque, aunque el Tribunal Supremo ha declarado que las partes pueden convenir transformar su naturaleza en consensual, lo cierto es que la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia mantienen que salvo por la existencia de este pacto, el contrato de préstamo reviste* [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

D.- Sobre la declaración de nulidad y sus efectos:

- Artículos 1 a 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.
- Artículo 6, 1.258, 1.261, 1.262 y siguientes, 1.300 y siguientes, todos ellos del Código Civil.

En consecuencia, tratándose de una condición general de la contratación con claro carácter abusivo, procede su declaración de nulidad de conformidad con el citado artículo 8 de la LCGC, sin que ello conlleve la ineficacia del contrato el cual puede subsistir con [REDACTED]

[REDACTED] manteniéndose su vigencia con eliminación de ambos límites, suelo y techo, y determinándose los intereses aplicables al capital a partir de la fórmula recogida en la cláusula primera del contrato, esto es, el tipo de referencia interbancaria a un año Euribor e incrementado en 1,00 puntos porcentual.

Asimismo, como consecuencia de la nulidad solicitada deben restituirse las prestaciones derivadas de la nulidad de la cláusula quinta de conformidad con lo dispuesto [REDACTED]

[REDACTED] de fuentes establecido en el artículo 1.7 del Código Civil que establece la primacía de la Ley (artículo 1.303 Código Civil) sobre la jurisprudencia (artículo 1 del Código Civil).

Por lo que refiere al pronunciamiento de la Sentencia de 9 de mayo de 2013 en contra de la retroactividad de la sentencia por el consabido riesgo de trastornos graves con [REDACTED]

[REDACTED] la restitución a favor de los usuarios ejecutados con el siguiente razonamiento:

“ En el presente caso no se aprecian, ello obstatante, razones de seguridad jurídica o de orden público económico para excluir el efecto clásico e inherente de la declaración de nulidad, el restitutorio. Más bien parece que admitir efectos jurídicos y económicos a cláusulas declaradas nulas en virtud de una normativa imperativa como la de consumo podría generar, en efecto, graves problemas de seguridad jurídica y económica, al menos a una de las partes afectadas. Es por ello que lógicamente procederá la restitución al deudor de todas las cantidades que se le hayan cobrado de más en aplicación de la cláusula declarada nula”.

Resulta sin duda interesante también el planteamiento que sobre esta delicada cuestión realiza también la **Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona de 17 de junio de 2013:**

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

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

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

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

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

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

En Vitoria, la **Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, en Sentencia de 9 de julio de 2013** realiza también una brillante exposición en la que justifica debidamente la procedencia de la retroactividad en el caso del ejercicio de la acción individual promovida por un usuario frente al supuesto colectivo enjuiciado por la STS de 9 de mayo de 2013:

“Las acciones ejercitadas son distintas en el caso resuelto por el Tribunal Supremo y el aquí planteado. Su régimen jurídico diverso, aunque contenido en la misma norma. Desde luego que los efectos podrían haber sido parejos, puesto que el párrafo segundo del art. 12.2 LCGC permite que se acumule a la acción de cesación “como accesoria, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones”. Pero la demanda no plantea, vistos los términos de su solicitud que aparecen en el antecedente de hecho primero de la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012, la acción accesoria de devolución de cantidad, como sucede en

la acción de nulidad que ejerce el actor del procedimiento, parte apelada de este rollo de apelación.

Cuando se ejercita la acción de cesación la legitimación se restringe a las personas que menciona el art. 16 LCGC, es decir asociaciones y ministerio fiscal, mientras que la de nulidad puede ejercitarse individualmente. Además estas acciones de cesación son en general imprescriptibles (art. 19 LCGC), lo que no sucede con la acción de nulidad que aquí se examina. También es diversa la finalidad, pues la cesación pide la condena a que deje de surtir efecto "en lo sucesivo" (art. 12.2 LCGC), mientras que con el art. 8 se pretende declarar la nulidad y resolver sobre la eficacia del contrato.

Finalmente es diferente la eficacia del fallo, ex nunc o desde ahora, en el caso de la acción de cesación, es decir, a partir del momento en que se adopta hacia el futuro ("en lo sucesivo" dice el art. 12.2 LCGC), mientras que será ex tunc o desde siempre, en el caso de la acción de nulidad, pues tiene efecto retroactivo. Así lo aclara en las precisiones sobre la irretroactividad de su fallo que hace la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012, en cuyo Fundamento Jurídico 17, apartado 2.4, párrafos 293 y ss, analiza "la irretroactividad de la sentencia", y comienza diciendo "en el caso enjuiciado". Se refiere, por lo tanto, al fallo que contiene, no a otros supuestos. Además el apartado k del párrafo 293 dice "k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves...", que además de aludir a esa sentencia, y no a otros casos, impide su aplicación al de autos, en el que poco riesgo genera a una entidad bancaria o a la economía nacional el modesto importe reclamado. En el párrafo 294 dice la sentencia del Tribunal Supremo "Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia...", lo que determina que el punto 10 del fallo disponga "Décimo: No ha lugar a la retroactividad de esta sentencia...". Cuando se predica "presente" del sustantivo "sentencia" sólo puede concluirse, como ya ha anticipado el Tribunal Supremo durante todo el fundamento, que la declaración de falta de retroactividad se refiere al fallo, pues el art. 12.2 LCGC señala que la acción de cesación supone que las condiciones nulas no podrán usarse "en lo sucesivo".

En definitiva, acciones contempladas en la misma norma, la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, dan lugar a regímenes jurídicos diversos, pues la de cesación que analizó el Tribunal

Supremo en la sentencia tantas veces mencionada, tiene una legitimación activa restringida, es imprescriptible y surte efectos sólo hacia el futuro, pues su finalidad es que cese la eficacia jurídica de una previsión contractual. Nada de eso acontece en el caso aquí analizado, en el que se ejercita una acción distinta, por un legitimado diverso, en un plazo diferente y con un resultado ajeno al que señalaba la tantas veces citada STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012.

(...)

Finalmente argumenta el banco apelante que la STS de 9 de mayo de 2013, impide acordar la devolución del importe puesto que la jurisprudencia que sienta, al ser la resolución dictada por el pleno, es de aplicación a este caso. Deben reiterarse, sin embargo, las consideraciones hechas en el fundamento jurídico tercero y cuarto de esta misma sentencia.

Lo que evidencia el antecedente de hecho primero de la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012 , es que la acción allí ejercitada solo ejercitaba acción de cesación, sin acumular reclamación de cantidad, con legitimación restringida, imprescriptible, y eficacia ex nunc, a la vista de los artículos 12, 16 y 19 LCGC. En cambio aquí se da respuesta a una acción de nulidad de los artículos 8 y 9 LCGC, que puede ejercitar cualquier afectado, sometida a plazo de caducidad y eficacia ex tunc. El propio FJ 7º de la sentencia que se dicta del Tribunal Supremo deja bien claro, igual que el fallo, que la no retroactividad se refiere a esa sentencia, no a otros casos.

El art. 9.2 LCGC ordena a la sentencia que declare nulidad aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. El art. 10 LCGC aclara que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Supone, por el contrario, la nulidad de la cláusula afectada, nulidad que conforme al art. 1303 CCv obliga a la restitución recíproca de las prestaciones, que en este caso han sido realizadas sólo por el recurrente, puesto que sólo operó la cláusula suelo. En consecuencia, como señala la sentencia recurrida, la nulidad de la cláusula que suponía un límite a que se aplicara el interés variable pactado acarrea la obligación de restitución por el banco del importe indebidamente cobrado al aplicarla.

No hay razón para no hacerlo, porque los criterios que señaló la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012 no concurren, en tanto que no se aprecia

cómo puedan este caso concurrir el "riesgo de trastornos graves" a que alude, igual que hizo la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb. Ya se ha dicho que no parece que la economía nacional o del banco recurrente puedan padecerlos de modo sensible, y menos aún grave, por restituir al cliente unos 17.000 €.

Finalmente, es cierto que la STS de 13 de marzo de 2012, permite matizar la obligación restitutoria en caso de nulidad, pues dice "la "restitutio" no opera con el automatismo que le atribuye la recurrente. Antes bien, el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula que contienen los artículos identificados en los dos motivos y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra - sentencias 485/2000, de 16 de mayo, y 541/2008, de 23 de junio - y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad. Es el caso, por ejemplo, de relaciones integradas por obligaciones recíprocas de ejecución continuada o sucesiva que han funcionado durante un tiempo sin desequilibrio económico para ninguna de las partes -sentencia 109/2009, de 26 de febrero-, tanto más si la prestación de una de ellas no puede ser restituida".

Pues bien, en este caso ha habido un claro enriquecimiento de uno de los contratantes, el banco recurrente, frente a otro, su cliente. No ha habido una situación que ha funcionado durante tiempo sin desequilibrio económico para las partes, porque la cláusula sólo ha operado en perjuicio de una y beneficio de otra, sin que nunca sucediera lo contrario. No hay por lo tanto motivo para excluir el efecto que dispone el art. 1303 CCv, en tanto que hubo un enriquecimiento de uno de los contratantes, el banco, frente a otro, el cliente, que carece de justificación porque se basa en una previsión nula -por abusiva y falta de transparencia-, la cláusula suelo, lo que supone la desestimación de este último motivo de la apelación y la del recurso en su totalidad".

Por su parte, el Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Gijón de 30 de septiembre de 2013, en el que acordando el sobreseimiento de un procedimiento de ejecución hipotecaria instado por BBVA, ofrece hasta ocho argumentos -todos ellos sobradamente motivados y cargados de razón por los que ha de reintegrarse a los usuarios afectados las cantidades indebidamente

cobradas por aplicación de la cláusula suelo. Así, su Fundamento de Derecho Sexto, manifiesta que:

“Los efectos de la nulidad declarada son los previstos en el artículo 1303 del C.c, que establece que los contratantes deberán restituirse recíprocamente aquello que hubiese sido material del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses.

Es decir, la entidad bancaria demandante deberá reintegrar a los ejecutados aquello que haya cobrado de más, desde el inicio del contrato de préstamo, como consecuencia de haber aplicado indebidamente la cláusula suelo; y esa cantidad cobrada de más deberá compensarla con la deuda que mantienen los ejecutados, la cual justifica la reclamación contenida en la demanda de ejecución hipotecaria.

Debe aplicarse dicha norma, y no la irretroactividad de efectos declarada en la sentencia dictada con fecha de 9 de mayo de 2013 por la Sala primera del Tribunal Supremo, por las razones siguientes.

En primer lugar, porque el pronunciamiento de irretroactividad contenido en dicha sentencia incurre en incongruencia, dado que ninguna de las partes lo había solicitado. La propia sentencia viene a admitirlo justificando su conducta diciendo que «en la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deban atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinante de la calificación de las cláusulas como abusivas»

Si el pronunciamiento peca de incongruente, únicamente puede tomarse como una declaración «obiter dicta».

En segundo lugar, porque el alcance de dicho pronunciamiento se limita a la misma sentencia, y así lo indica el Tribunal Supremo en distintos pasajes de la misma. En tal sentido, en el apartado décimo de su fallo dispone que «no ha lugar a la retroactividad de esta sentencia» y en el

párrafo 294 se declara que «consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de esta sentencia».

Por ello, dicha resolución no veda la posibilidad de decidir en un juicio posterior, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, si debe aplicarse o no la excepción a la regla general de la restitución de las prestaciones prevista en el art. 1303 CC.

En tercer lugar, porque para justificar jurídicamente dicha solución se recurre a la analogía, cuando ello no es posible en base a lo dispuesto en el artículo 4.1 del C.c dado que no hay ninguna laguna legal, por existir una norma que regula expresamente los efectos de la nulidad de un contrato, como es el artículo 1303 del C.C.

En cuarto lugar, porque la justificación de dicha medida no se encuentra en motivos jurídicos, sino de política económica o de oportunidad. Así lo declara el ponente al afirmar que «es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico». No es admisible que el orden público económico pueda anteponerse a una consecuencia contractual de orden civil como es la restitución de las prestaciones, que establece de manera inexorable el artículo 1303 CC.

En quinto lugar, porque el orden público económico no es fuente del derecho, ni criterio de interpretación de las normas jurídicas. Por ello, dicha justificación de la decisión no genera jurisprudencia, al no basarse en la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho como exige el artículo 1.6. del CC.

En sexto lugar, porque las fuentes del ordenamiento jurídico son las que establece el artículo primero del Código Civil. En este caso, la Ley, como fuente primigenia, establece un efecto muy concreto, y sin fisuras, a la nulidad contractual, sin que el Tribunal Supremo pueda derogar dicho efecto, porque no le corresponde asumir la función de Legislador.

En séptimo lugar, porque habiendo declarado el Tribunal Supremo que dichas cláusulas nulas se habían incluido en los contratos de préstamo de manera subrepticia, sabiendo los Bancos (o estaban obligados a saberlo) que las mismas eran contrarias a la buena fe, de conformidad con la legislación vigente en aquel momento, puede afirmarse que la conclusión

del Tribunal no es coherente. Al final, lo que hace es premiar dicha actitud, pues no impone a los Bancos ningún coste económico por su conducta abusiva. Por el contrario, hace recaer dicho coste o carga económica en el consumidor cliente, castigando a la parte contratante que ha sido inocente, y cuya buena fe ha sido sorprendida por aquélla entidad. El agresor es quien ha obtenido un beneficio durante la vida del contrato, debido a su mala fe y engaño, y no obstante, se le concede un premio, de hecho, declarando la irretroactividad de la cláusula declarada nula.

No puede protegerse a las entidades financieras que han empleado cláusulas suelo de manera poco transparente, calificadas por el Tribunal Supremo como «engañosas» y se invoque el principio de seguridad jurídica para evitar que asuman los efectos económicos de una declaración de abusividad que le es imputable. Es impropio declarar que la víctima de una agresión sea obligada a asumir, en todo o en parte, el coste económico que conlleva la reparación de las lesiones, daños y perjuicios sufridos por dicha agresión.

La Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 14 de junio de 2012 se refiere al efecto disuasorio que la declaración de nulidad de la cláusula, con todas sus consecuencias, ha de tener en la conducta de los profesionales. Dicho efecto no se producirá en caso de reconocerse una facultad de moderación de las consecuencias de dicha cláusula abusiva, privándole de los efectos restitutorios de las cantidades indebidamente cobradas. Se otorgaría a los profesionales una ventaja en empleo de una cláusula abusiva que ha sido declarada judicialmente nula.

Además, el hecho de mantener la irretroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo, impidiendo la restitución de las cantidades indebidamente cobradas, supone reconocer efectos vinculantes a las cláusulas suelo, a pesar de ser nulas, lo que no es posible jurídicamente.

En octavo lugar, porque declarar que la nulidad de las cláusulas suelo declaradas abusivas no pueden aplicarse con efectos retroactivos contraviene el artículo sexto de la Directiva Comunitaria 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, según el cual «los 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...». Dicha desvinculación no sólo

debe entenderse en relación con los efectos futuros, sino también respecto de los efectos ya consumados”.

En este momento, el Pleno de la Sala del Tribunal Supremo ha vuelto a debatir sobre las denominadas cláusulas suelo hipotecarias al estudiar dos recursos planteados por las entidades financieras, uno de ellos por el BBVA y otro por Cajasur.

A fecha de interposición de la presente demanda, las citadas Sentencias no han sido redactadas por el Ilmo. Tribunal Supremo, si bien, la nota informativa de la Sala de lo Civil reza lo siguiente:

NOTA INFORMATIVA SALA DE LO CIVIL

La Sala Primera del Tribunal Supremo, reunida en Pleno, ha acordado

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] declaradas nulas por falta de transparencia se producirá desde la fecha de la publicación de la sentencia de la propia Sala, de 9 de mayo de 2013.

Las dos sentencias se darán a conocer cuando estén redactadas y firmadas.

En ambos casos, la Sala ha venido a confirmar su propia doctrina acerca del carácter abusivo por falta de transparencia de las cláusulas suelo frente al consumidor, matizando incluso, que el efecto restitutorio de las cantidades ya abonadas en virtud de cláusulas suelo declaradas nulas por falta de transparencia se producirá desde la fecha de publicación de la sentencia de la propia Sala de fecha 9 de mayo de 2013, y es por ello que vengamos a reclamar únicamente los importes cobrados en exceso por la entidad demanda desde la citada fecha de 9 de mayo de 2013.

E.- Sobre la buena fe contractual:

- Artículo 7 del Código Civil.

En este sentido, la **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de noviembre de 1997** establece que *"Los principios de buena fe, de la función social de la propiedad y de interdicción del abuso del derecho son de naturaleza imperativa y con alcance general para el ordenamiento jurídico hasta el punto de que el juez debe aplicarlos de oficio en virtud de la regla iura novit curia. Es más, a veces, los principios de buena fe y de interdicción del abuso del derecho tienen una frontera evanescente, de modo que la alegación de uno lleva insita la del otro"*.

Por su parte, la **Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia de fecha 21 de julio de 1991**: *"La exigencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos, conlleva, pues, que la conducta del que dichos derechos ejercita se ajusta a normas éticas, contradiciéndose, entre otros supuestos, dicho principio cuando se va contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionalmente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en juicio de quien puso su confianza en ella. En definitiva, conforme a lo que un autorizado sector de la Doctrina científica señala, la buena fe en sentido objetivo consiste en que la conducta de uno con respecto a otro, con el que se halle en relación, se acomode a los imperativos éticos que la conciencia social exige"*.

Como no podía ser de otra manera, la Ley de Enjuiciamiento Civil ha hecho suyos tales criterios al referirse en su artículo 247 a las reglas de la buena fe procesal (multas por su incumplimiento), al referirse a que *"Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal"*, lo que de por sí entendemos debería servir para desestimar cualquier causa de oposición que pueda formular la demandada.

VII.- COSTAS JUDICIALES.

Al amparo de lo previsto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas deben ser impuestas a los codemandados.

IX.- IURA NOVIT CURIA, y cuantos más resulten de pertinente aplicación.

En su virtud,

AL JUZGADO SOLICITO: Que habiendo por presentado este escrito junto con sus copias y documentos acompañados, tenga a bien admitirlo y, en sus méritos, tenerme por comparecido y parte en la representación que ostento de D. _____, y por formulada **DEMANDA DE JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO** frente a la _____

_____ demanda se declare:

- El _____

_____ de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 23 de diciembre de 2010.

- Se condene _____

_____ de un límite mínimo al tipo de interés variable, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación del citado instrumento de cobertura.

- Se condene a la demandada a la devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula impugnada quinta desde el dictado de la sentencia por nuestro Ilmo _____

_____ procedimiento como consecuencia de la aplicación

del límite 2,95% al tipo de interés variable, en lugar del estricto diferencial de Euribor más 1,00% pactado, resultando su cuantía la diferencia existente entre ambos, y en todo caso, más el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción.

- Se condene a la [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado, más el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción.

- Todo ello, con expresa condena en costas a la parte demandada.

OTROSÍ DIGO: Que a los efectos del artículo 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta parte manifiesta expresamente su voluntad de cumplir con los requisitos exigidos por la Ley en relación con el presente escrito de demanda.

SUPLICO AL JUZGADO, tenga por realizada la anterior manifestación a los efectos oportunos.

En Zaragoza, a 1 de abril de 2015.

Ldo. _____

D^a _____
Procurador de los Tribunales