

GUÍA SOBRE

Las cláusulas suelo o suelo hipotecario.

CONTIENE:

- Artículo
- Supuesto práctico
- Modelo de escrito



ECONOMIST&JURIST

ARTÍCULO ESPECIALIZADO

En las cláusulas suelo o
suelo hipotecario.



ECONOMIST&JURIST
GROUP



CONSULTORIO JURÍDICO: ¿QUIÉN ASUME LAS COSTAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CLÁUSULAS SUELO?

La reclamación extrajudicial del artículo 395.1 LEC juega un papel crucial a la hora de apreciar mala fe en casos de allanamiento e imponer el pago de las costas a la parte allanada



GUSTAVO GARCÍA-SARAVÍ MERINO

Gestor en el Departamento de Contenidos en Global Economist & Jurist

Antecedentes

La declaración de nulidad de cláusulas suelo supuso un auténtico maremágnum jurídico que a día de hoy seguimos asimilando. En 2013 el Supremo declaró la nulidad de estas cláusulas sin darle efecto retroactivo, y en 2016 el Tribunal de Justicia Europeo estableció definitivamente la retroactividad de dicha nulidad. La consecuencia

de estas sentencias se traduce en decenas de miles de demandas en las que los consumidores reclaman la devolución de los importes indebidamente abonados y se estima que la banca ha devuelto miles de millones de euros cobrados indebidamente a los firmantes de créditos hipotecarios con este tipo de cláusulas insertas. El desarrollo jurisprudencial desde entonces ha sido incesante



en todos los aspectos y, sin duda, uno de los que más interés genera es el pago de las costas.

Desarrollo jurisprudencial sobre el pago de las costas

Debido a la altísima litigiosidad generada por las cláusulas suelo y a la **necesidad de establecer uniformidad en las resoluciones judiciales**, el Tribunal Supremo (TS), mediante Sentencia 419/2017 de 4 de julio, estableció el criterio relativo al **pago de las costas de las instancias** en asuntos relativos a cláusulas suelo. La sentencia dio certeza a los operadores jurídicos e impuso las costas al banco demandado debido a la concurrencia de los **principios de vencimiento, no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y efectividad del derecho comunitario**. “La STS 621/2021, de 22 de septiembre, en la que la banca pretendía ampararse en la resolución de 9 de marzo de 2021 para evitar el pago de las costas”.

Tras la Sentencia de 2017, los problemas de interpretación legal sobre costas en procedimientos de cláusulas suelo han continuado surgiendo. Una de las sentencias más relevantes —en la que se falla a favor de la banca— es la STS 131/2021 de 9 de marzo, en ella entra en juego el **requerimiento**

TRAS LA SENTENCIA DE 2017, LOS PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN LEGAL SOBRE COSTAS EN PROCEDIMIENTOS DE CLÁUSULAS SUELO HAN CONTINUADO SURGIENDO

extrajudicial del artículo 395.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) para supuestos de condena en costas en caso de allanamiento.

El TS considera que “no existe requerimiento extrajudicial apto para evitar el litigio en supuestos en los que se conceda un **plazo muy breve de tiempo a la entidad requerida para devolver las cantidades indebidamente cobradas** como consecuencia de la aplicación de cláusulas suelo, pues es prácticamente imposible que, en un lapso de tiempo tan breve, pudiera localizar los préstamos, analizar su documentación, acceder a eliminar las cláusulas suelo, calcular las cantidades indebidamente

cobradas y reintegrarlas a los veintiséis prestatarios”. En base a este razonamiento, nuestro Alto Tribunal deja entrever que los requerimientos extrajudiciales —que tienen como objetivo evitar acudir a los tribunales— no pueden ser utilizados como herramienta para conseguir una eventual condena en costas a la parte contraria.

En contraposición, tenemos la STS 621/2021, de 22 de septiembre, en la que la banca pretendía ampararse en la resolución de 9 de marzo de 2021 para evitar el pago de las costas. En este caso, el requerimiento extrajudicial se produjo con la suficiente antelación como para que la entidad pudiera satisfacer la pretensión del requirente, por lo que el Supremo condena en costas al banco y menciona una serie de normas que nos

sirven de referencia como posible plazo razonable de contestación al requerimiento, entre ellas: el plazo de 2 semanas del artículo 8.4 de la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre; los 15 días hábiles del art. 69, apartados 1.º y 2.º, del Real Decreto-Ley 19/2018, de 23 de noviembre o los tres meses del art. 3.4 del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

Declaración de inconstitucionalidad parcial del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo

Como hemos podido ver, la reclamación extrajudicial del artículo 395.1 LEC juega un papel crucial a la hora de apreciar mala fe en casos de allanamiento e imponer el pago de las costas a la parte allanada.

Los criterios unificadores en materia de costas establecidos por el Supremo son los que se han venido aplicando en supuestos acontecidos con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 1/2017. Este Real Decreto tenía como objetivo proteger a los consumidores y dar un cauce que facilitase llegar a acuerdos con las entidades de crédito con las que tuviesen suscrito un préstamo

hipotecario con cláusula suelo, pero el mismo ha sido declarado **parcialmente inconstitucional y nulo en dos de sus preceptos** por Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) 156/2021, de 16 de septiembre.

El artículo 2.2 del Real Decreto 1/2017 es declarado nulo e inconstitucional ya que en el mismo se **limita la condición de consumidor tan solo a las personas físicas** que reúnan los requisitos previstos en el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, dejando fuera, por tanto,

a las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica a las que, sorprendentemente, también otorga la consideración de consumidores el citado artículo 3 del texto refundido. Por otro lado, y directamente relacionado con el pago de las costas, se declara la inconstitucionalidad y nulidad del apartado 2 del artículo 4 del RD-Ley 1/2017. Este artículo **elimina las costas a la banca en caso de allanamiento si el consumidor no utiliza la reclamación previa prevista en el art. 3 del RD-Ley 1/2017.**

Para el Constitucional, este artículo resulta un tanto “peculiar” ya que no tiene equivalente en la LEC y, en la redacción del mismo, se percibe una “diferencia de trato entre los consumidores que opten por la reclamación previa regulada en el artículo 3 del RD-Ley 1/2017 y aquellos otros en los que no se haya presentado dicha reclamación, aunque se hayan utilizado otros mecanismos de evitación del proceso expresamente previstos en la legislación procesal”. Con ello se favorece a los que hayan promovido una declaración previa frente a los que hayan empleado otra vía, produciéndose de este modo, una **diferencia de trato nada razonable que vulneraría el artículo 14 de la Constitución.**

Por último, el TC considera que la aplicación del art. 4.2 del RD. Ley 1/2017 supondría una **vulneración todavía más seria del artículo 24 CE en relación con el 51.1 CE**, debido a que las entidades financieras podrían eludir el pago de las costas en caso de allanamiento y esto supondría un beneficio para estas en detrimento de los consumidores lo que supone, de facto, un impedimento y obstáculo en el acceso a la jurisdicción consagrado en el art. 24 de nuestra Carta Magna.

Debemos recordar que el alcance de la declaración de inconstitucionalidad de estos preceptos no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas por lo que, a efectos prácticos, y considerando que la gran mayoría de las cláusulas suelo se firmaron con anterioridad a la entrada en vigor del RD-Ley 1/2017, en la mayoría de los casos el pago de las costas se dilucidará de acuerdo con los criterios generales de la LEC y los establecidos por el Supremo. E&J

EN CONTRAPOSICIÓN, TENEMOS LA STS 621/2021, DE 22 DE SEPTIEMBRE, EN LA QUE LA BANCA PRETENDÍA AMPARARSE EN LA RESOLUCIÓN DE 9 DE MARZO DE 2021 PARA EVITAR EL PAGO DE LAS COSTAS

Casos Reales

SUPUESTO PRÁCTICO

En las cláusulas suelo o
suelo hipotecario.

Contrato de préstamo

Demanda de juicio ordinario accionando nulidad de condiciones generales de la contratación y reintegro de cantidades abonadas indebidamente en el marco de préstamo hipotecario contra entidad bancaria "Cláusula suelo" Estimación íntegra de la demanda.

Especialidad: Derecho Civil

Número: 13081

Tipo de caso: Caso Judicial

Voces: Tratamiento de la cláusula suelo en la jurisprudencia española. La Sentencia del Pleno de la Sala I del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. El Auto de aclaración de 3 de Junio de 2.013., CLÁUSULA SUELO, Contratos bancarios, Hipoteca mobiliaria, PRÉSTAMO

El caso

Supuesto de hecho.

Cádiz, 03-12-1998

Don Pedro y su mujer Doña Carmen, suscriben en diciembre de 1998 un contrato de préstamo hipotecario con el Banco EUGENIO para la adquisición de una vivienda de una duración de 20 años y con un tipo de interés variable con revisiones anuales hasta el vencimiento del mismo.

En la escritura del préstamo, se incluye por parte del Banco una estipulación en la que se limita a la baja las revisiones del tipo de interés. Esta cláusula es conocida como la cláusula suelo, asegurándose de este modo la entidad financiera un interés mínimo, independientemente de que suba o baje el tipo de referencia y sin haber informado a los demandantes y su esposa de las condiciones que generaba este tipo de cláusula.

Objetivo. Cuestión planteada.

- Conseguir la devolución de los importes cobrados de más por la aplicación de la cláusula suelo.
- Que se declare dicha cláusula nula y, por tanto, también el acuerdo firmado con

posterioridad con dicha entidad.

La estrategia. Solución propuesta.

- Presentar demanda para que se proceda a la devolución de los importes cobrados de más durante los años que operaba la cláusula suelo en el contrato de préstamo hipotecario, basándolo en la nulidad de la cláusula y del posterior acuerdo firmado con la entidad que no fue explicado con anterioridad a los consumidores de forma clara como exige la Ley.

El procedimiento judicial

Orden Jurisdiccional: Civil

Juzgado de inicio del procedimiento: Juzgado de 1ª Instancia

Tipo de procedimiento: Procedimiento Ordinario

Fecha de inicio del procedimiento: 18-12-2017

Partes

Parte demandante:

- Don Pedro y Doña Carmen

Parte demandada:

- Banco EUGENIO

Peticiones realizadas

Parte demandante:

- Que se declare la nulidad del límite a las revisiones donde se señala que el tipo de interés aplicable en cada período no podrá ser inferior al 5%, contenida en la estipulación tercera bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 3 de diciembre de 1998.

- Que se declare la nulidad del acuerdo suscrito con fecha de 15 de septiembre de 2015.

- Que se declare y condene a la entidad a restituir a los demandantes las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso en virtud de la condición declarada nula, sin perjuicio de las cuotas posteriores que se devenguen desde la fecha de interposición de la presente demanda hasta la total inaplicación de la cláusula suelo y del acuerdo de revisión de las condiciones financieras.

- Que se condene a la entidad al pago de los intereses legales devengados conforme al art. 1109 CC, sin perjuicio de los que se devenguen desde que se interpuso la demanda hasta la firmeza de la Sentencia.
- Que se condene al pago de las costas del procedimiento a la entidad demandada.

Parte demandada:

- Que se absuelva al Banco EUGENIO de todas las peticiones de la demanda, y se condene a la parte actora a las costas.

Argumentos

Parte demandante:

- La entidad demandada redactó unilateralmente el contrato de préstamo hipotecario sin alternativa para los demandantes, incluyendo cláusulas que consideró convenientes, sin negociación previa con la otra parte.
- La cláusula se le impuso al demandante, sin que se le diera información al respecto. No se le informó de que las variaciones o revisiones nunca llegarían a aplicarse, puesto que se había incluido una cláusula donde se garantizaba que siempre la entidad tuviera un mínimo de tipo de interés a su favor.
- Existe falta absoluta de buena fe y transparencia por parte de la entidad bancaria al introducir dicha cláusula de manera consciente y haciéndola pasar de manera inadvertida.
- Se evidencia la falta de un informe por parte de la demandada en el que se evalúe si ese producto financiero se ajusta al perfil del consumidor.
- Las cláusulas suelo tienen la consideración de condición general de la contratación al ser impuestas y no negociadas individualmente con el consumidor, como dice la Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013.
- El documento que se le hizo firmar al demandante el 15 de septiembre de 2015, de modificación de condiciones financieras en el que aparentemente se eliminaba la cláusula suelo, no se puede negar que es realizado en el momento en el que se produce un movimiento social acerca de procesos de reclamación de dichas cláusulas. Dicho documento, incurre en nulidad por, en primer lugar, haber sido formalizado en documento privado y no en escritura pública como correspondería por afectar a un elemento esencial de la operación financiera principal. No se elimina en él la cláusula suelo, sino que se modifica el límite de variación de la misma, convirtiendo un préstamo a tipo variable en tipo fijo.
- La renuncia de derechos que se le hace firmar al demandante en dicho acuerdo, no es válida, pues infringe el artículo 86 del Código del Consumidor.
- Concurren las mismas circunstancias que conllevan a la nulidad de la cláusula suelo, por lo que dicho documento de acuerdo, es igualmente nulo de pleno derecho.

Parte demandada:

- El préstamo ha finalizado por lo que no pueden ser objeto de revisión las cláusulas contenidas en el mismo.
- Se muestra renuncia a cualquier acción legal posterior en el acuerdo firmado el 15 de septiembre de 2015.

- La parte actora no ha acreditado que actúa como consumidora, pues no ha acreditado para qué destinó el dinero objeto del préstamo.
- La cláusula fue negociada hace 20 años con la parte actora y en ninguna de las cuotas abonadas ha habido ninguna reclamación por el importe hasta el año 2017.
- En el acuerdo firmado, la parte actora, considera y afirma que ha sido informada de manera clara de las condiciones del mismo y que entiende lo que es una cláusula suelo y las condiciones de su alcance.

Documental aportada

Parte demandante:

Documento núm. 1: Poder para pleitos

Documento núm. 2: Escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

Documento núm. 3: Oferta de condiciones financieras

Documento núm. 4: Acuerdo de novación del contrato de préstamo

Documento núm. 5: Escrito de reclamación de eliminación de cláusula suelo

Documento núm. 6: Escrito de contestación denegando la eliminación de la cláusula suelo

Parte demandada:

Documento núm. 1: Poder notarial.

Documento núm. 2: Acuerdo de 15 de septiembre de 2015.

Prueba

- Documental aportada.
- Declaración de Doña Carmen y Don Pedro.

Resolución Judicial

Fecha de la resolución judicial: 24-06-2021

Fallo o parte dispositiva de la resolución judicial:

El Juzgado de 1º Instancia de Cádiz, en su Sentencia, estima íntegramente la demanda presentada por la parte actora, procediendo a declarar:

- La nulidad de la cláusula suelo referida que se encuentra insertada en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria. Se mantiene la vigencia del contrato sin dichas cláusulas.

Se condena a la parte demandada a:

- Recalcular los cuadros de amortización de los préstamos hipotecarios desde su constitución como si nunca hubieran estado incluídas las cláusulas declaradas nulas.

- Reintegrar a la parte actora las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de la cláusula nula, desde la fecha de constitución de los préstamos hipotecarios, así como los intereses legales correspondientes a las mismas en la cantidad de: 6.996,31 euros. Ello junto con los intereses procesales hasta su completo pago.

- Condena en costas a la parte demandada.

Fundamentos jurídicos de la resolución judicial:

El Juzgado basa su Sentencia en los siguientes fundamentos:

- De un lado, se puede demostrar, tanto con la documental practicada como con la declaración de los demandantes, que los clientes eran claros consumidores en el momento de suscribir el préstamo hipotecario.

- Ha quedado demostrado en varias Sentencias anteriores, que el control de abusividad de la cláusula depende de la inexistencia de transparencia, que define como el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

- No se facilita al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula en la ejecución del contrato.

- La cláusula suelo objeto de la controversia podría afirmarse que no supera en los parámetros jurisprudenciales expuestos y seguidos anteriormente.

- No consta que la parte actora fuera informada de la existencia de la cláusula.

- No consta tampoco destacado ni explicado de modo que pueda permitirse la comprensibilidad real de contrato de préstamo de garantía hipotecaria.

Jurisprudencia

Jurisprudencia (Enlaces)

- Juzgado de lo Mercantil, núm. 134/2013, de 19-06-2013. CasosReales.Jurisprudencia. Marginal: 2429985
- Juzgado de lo Mercantil, núm. 210/2015, de 29-09-2015. CasosReales.Jurisprudencia. Marginal: 69476205
- Juzgado de lo Mercantil, núm. 85/2014, de 23-06-2014. CasosReales.Jurisprudencia. Marginal: 2455576
- Audiencia Provincial de Granada, núm. 245/2019, de 28-03-2019. CasosReales.Jurisprudencia. Marginal: 71462580
- Juzgado de lo Mercantil, núm. 247/2013, de 10-12-2013. CasosReales.Jurisprudencia. Marginal:

Documentos jurídicos

Documentos jurídicos de este caso

Visualización de documentos:

1. CONTESTACIÓN DEMANDA
2. DEMANDA
3. SENTENCIA

Formularios jurídicos relacionados con este caso

- ESCRITO CONTESTACIÓN DE DEMANDA
- ESCRITO DE DEMANDA

Biblioteca

Libros

- Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2ª Edición 2012. Actualizado
- La Prueba judicial en el Proceso Civil. Volumen II. Jurisprudencia actualizada, legislación, doctrina y formularios.
- La Prueba judicial en el Proceso Civil. Volumen I. Jurisprudencia actualizada, legislación, doctrina y formularios.

Artículos jurídicos

- La retroactividad de la cláusula suelo (noviembre 2017)
- Incidencia de la cláusula suelo en el mercado inmobiliario
- Análisis del efecto de la abusividad de la cláusula suelo tras la sentencia firme
- Nulidad de cláusulas suelo en hipoteca de personas jurídicas (Marzo 2017)
- Cláusulas suelo y comisiones abusivas: la doctrina del Tribunal Supremo a lo largo de su jurisprudencia. (Julio-Agosto 2016)
- Nulidad de cláusulas suelo por falta de transparencia: análisis de la sentencia del Tribunal Supremo 241/2013 (junio 2013)

Casos relacionados

- Demanda de juicio ordinario accionando nulidad de condiciones generales de la contratación y reintegro de cantidades abonadas indebidamente en el marco de préstamo hipotecario contra entidad bancaria "Cláusula suelo". Estimación íntegra de la demanda. Cláusula de interés de demora y Cláusula de vencimiento anticipado de préstamo hipotecario en escritura de compraventa, subrogación y novación.

- Demanda de juicio ordinario accionando nulidad de condiciones generales de la contratación y reintegro de cantidades abonadas indebidamente en el marco de préstamo hipotecario contra entidad bancaria "Cláusula suelo". Oposición basada en que el demandante no es consumidor.
- Demanda de juicio ordinario accionando nulidad de condiciones generales de la contratación y reintegro de cantidades abonadas indebidamente en el marco de préstamo hipotecario contra entidad bancaria "Cláusula suelo". Cláusula techo. Cláusula abusiva. Falta de transparencia e información.
- Demanda de juicio ordinario accionando nulidad de condiciones generales de la contratación y reintegro de cantidades abonadas indebidamente en el marco de préstamo hipotecario contra entidad bancaria "Cláusula suelo". Estimación íntegra.
- Demanda de juicio ordinario accionando nulidad de condiciones generales de la contratación y reintegro de cantidades abonadas indebidamente en el marco de préstamo hipotecario contra entidad bancaria. Cláusula suelo.
- Demanda de juicio ordinario accionando nulidad de condiciones generales de la contratación y reintegro de cantidades abonadas indebidamente en el marco de préstamo hipotecario contra entidad bancaria "Cláusula suelo" Segunda vivienda. Nulidad de la cláusula por no haber sido sometida a negociación individual. Jurisprudencia del TJUE.
- Demanda de juicio ordinario accionando nulidad de condiciones generales de la contratación y reintegro de cantidades abonadas indebidamente en el marco de préstamo hipotecario contra entidad bancaria "Cláusula suelo". Desestimación de la demanda y posterior Recurso de Apelación que la estima parcialmente.
- Recurso de apelación tras sentencia estimando demanda contra entidad bancaria por "Cláusula Suelo". Error en la valoración de la prueba practicada.
- Demanda de juicio ordinario accionando nulidad de condiciones generales de la contratación y reintegro de cantidades abonadas indebidamente en el marco de préstamo hipotecario contra entidad bancaria "Cláusula suelo". Allanamiento de la entidad.
- Acción de nulidad sobre las condiciones generales de contratos de financiación con garantía real inmobiliaria de persona física. Cláusula suelo

Formularios MODELO DE ESCRITO

En las cláusulas suelo o
suelo hipotecario.



**AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO DE
CÓRDOBA**

Dña., Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de **Dña.**, **con DNI**, conforme se acreditará mediante apoderamiento *apud acta*, que se llevará a cabo ante el Letrado de la Administración de Justicia cuando proceda, y bajo la Dirección Letrada de Dña., Abogada colegiada nº del Iltr. Colegio de Abogados de Guipúzcoa, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en Derecho, **DIGO:**

Que por medio del presente escrito, vengo a interponer **DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO EN EJERCICIO DE ACCIONES INDIVIDUALES DE NULIDAD DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y RECLAMACIÓN DE CANTIDAD** con base en los hechos y fundamentos de Derecho que a continuación se detallan.

La **parte actora** es Dña., asistida en este proceso por la Letrada Dña. y representada por la Procuradora Dña., siendo la actora la única prestataria del préstamo con garantía hipotecaria que se detallará a lo largo de la demanda por haber fallecido el co-titular del préstamo hipotecario, su cónyuge D. con fecha 20/02/2015. Se acompaña certificado de defunción como ***Documento nº 1.***

La **parte demandada** es la entidad bancaria Banco.....con NIF..... y domicilio social en,, domicilio que se designa a efectos de notificaciones.

La presente demanda se basa en los siguientes:

HECHOS

PRIMERO.- Escritura de hipoteca. Novación modificativa del préstamo subrogado

Con fecha 19/03/2007, mi mandante y su cónyuge D. contrajeron con la entidad demandada, por aquel entonces denominada Caja, un préstamo hipotecario. El préstamo se formalizó mediante escritura pública otorgada en Córdoba, en la Notaría de D. con número de protocolo(*Documento número 2*).

El préstamo ascendió a un importe de DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000€), fijándose un plazo de amortización de 30 años, así como el interés que regularía la vida del préstamo hipotecario, de tipo variable. En garantía de la devolución del préstamo concedido a mi mandante y su cónyuge, se constituyó hipoteca sobre la finca propiedad de ambos, sita en Córdoba,, Vivienda Unifamiliar Adosada nº, tipo

SEGUNDO.- Inserción de una cláusula suelo o de tipo de interés mínimo en la escritura de novación del préstamo hipotecario. La denominada cláusula “suelo” y “techo”

El préstamo con garantía hipotecaria concertado por mi mandante quedaba sometido, a partir de los 6 primeros meses, a un **interés variable**, consistente en la aplicación al tipo de interés de referencia (Euribor), un diferencial de 1 punto. Así consta en la ESTIPULACIÓN PRIMERA de la escritura de novación del préstamo hipotecario a la que se adhirió mi representado.

A pesar de que aparentemente mi mandante había suscrito un préstamo a interés variable, en la escritura de ampliación y modificación del préstamo hipotecario se insertó una cláusula suelo o de tipo de interés mínimo, y una cláusula techo o de tipo de interés máximo:

Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable en cada período no podrá ser inferior al 3% nominal anual ni superar el 12% nominal anual. Si del cálculo efectuado según el criterio de variación pactado resultaran unos tipos inferiores o superiores a los límites fijados anteriormente, se aplicarán estos últimos. -----

Esta disposición, en la que se establece un tipo mínimo de referencia, constituye una cláusula limitativa a la variabilidad del tipo de interés, conocida como "**cláusula suelo**", la cual no aparece identificada como tal en el amplio contrato (más de 30 folios), pues no se la designa con el nombre por el que coloquialmente se la conoce: *cláusula suelo*, lo que podría posibilitar ser detectada por el consumidor, sino que aparece difuminada en un engorroso contrato dentro del apartado destinado a los intereses ordinarios, sin ningún tipo de epígrafe ni advertencia de su exigencia y sin que en su redacción se destaque nada, en orden a sus caracteres gráficos. Esta redacción hace totalmente ilocalizable dicha cláusula para un consumidor medio que accede al préstamo con garantía hipotecaria.

Asimismo, se acuerdan una serie de bonificaciones de 0,20% sobre el diferencial, detalladas en el Anexo I A Ficha técnica (página 23 de la escritura), tratándose por tanto de un préstamo bonificado:

1-Domiciliación de haberes: Bonificación de 0,20%

2-Compras con tarjeta superiores a 1.500 eur/semestre: Bonificación del 0,20%

3-Seguro multi-riesgo de Hogar: Bonificación del 0,20%

Como se puede ver en el **cuadro de amortización** proporcionado por la Entidad en la Práctica de Diligencias Preliminares con fecha 10/11/2017 (**documento n° 3**), esta parte ha cumplido en todo momento con DOS de las tres condiciones requeridas para la aplicación de bonificaciones, de manera que el diferencial siempre ha estado bonificado en un 0,40%, aplicándose un tipo de **EURIBOR + 0,60%**. Como prueba de ello, además

del Cuadro de Amortización, aportamos extractos de movimientos de cuenta corriente como **Documento n° 4**, acreditativos de la domiciliación de haberes y del pago del Seguro Multi-riesgo Hogar de la Entidad.

TERCERO.- Actuación de los actores en calidad de consumidor

La actuación de los esposos demandantes al concertar el préstamo con garantía hipotecaria referenciado ha tenido lugar, en todo momento, en calidad de consumidores, al haber actuado en un ámbito ajeno a sus actividades empresariales o profesionales y, por tanto, dentro del concepto de consumidor o usuario establecido 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.

CUARTO.- Ausencia de negociación individual de 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, al modo en que se establece en el art. 82 del TRLGDCU, habiendo sido predispuesta por la entidad demandada e impuesta a mi mandante. Es más, la cláusula suelo impugnada mediante la presente demanda es una condición general de la contratación (art. 1 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en adelante, LCGC), al cumplirse las circunstancias de predisposición, imposición y destino a una pluralidad de contratos. Estamos, pues, ante cláusulas prerredactadas y predispuestas, destinadas por la entidad prestamista a ser incluidas en una pluralidad de contratos.

QUINTO.- Ausencia de información

En ningún momento la entidad prestamista informó al prestatario de la dimensión de la referida cláusula suelo-techo, ni entregó realmente oferta vinculante alguna. Tampoco les entregaron ningún folleto informativo ni simulaciones con escenarios financieros de tendencia bajista, de modo que pudieran llegar a conocer la repercusión económica que supone tener una cláusula limitativa del tipo de interés.

Debido a la cuantía y fecha de suscripción del préstamo, la OM 1994 no sería vinculante para esta operación, por lo deberemos ser aún estrictos en la valoración del

control de incorporación, en atención a la normativa bancaria vigente, los códigos de conducta de las entidades y, en concreto, a los requisitos establecidos en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito letra h), en el apartado 2.

Estamos ante un préstamo subrogado a una promotora, y el primer deber de información de las cláusulas del préstamo hipotecario cuando el cliente se subroga en un préstamo al promotor, le corresponde a éste, pero ello no exime a la entidad financiera de advertir o de comprobar que el cliente que se subroga conoce el contenido del préstamo, máxime cuando fue la entidad la que en la misma escritura de compraventa con subrogación novó las condiciones de la escritura primera entre la entidad y la promotora, entre ellas la cláusula suelo. Y de hecho en la escritura de compraventa con subrogación y novación también es parte firmante la entidad bancaria, por lo que con mayor razón la entidad debe cumplir con los requisitos de información y transparencia.

El acreedor hipotecario no es un tercero que queda al margen de la venta con subrogación en el préstamo al promotor, sino que participa activamente en la novación, aceptándola expresa o tácitamente (artículo 1205 del Código Civil), máxime cuando al haberse novado ciertas condiciones también firma en la escritura de compraventa con subrogación, como es el presente caso. Y es en ese segundo momento de la subrogación cuando deberá cumplir con las exigencias legales de información previa y transparencia en los términos señalados por el Tribunal Supremo, completando la información que pueda resultar de la propia escritura pública de compraventa. Es la entidad de crédito, beneficiaria última de la cláusula suelo, la que en mejores condiciones se encuentra para proporcionar la información adecuada, poniendo en conocimiento del consumidor los riesgos que asume.

SEXTO.- Falta de transparencia de la cláusula suelo

En ningún momento la entidad prestamista informó a mi mandante de la dimensión de la impuesta cláusula suelo. En concreto, no se ha efectuado por la entidad demandada una simulación previa con relación a la evolución del Euribor. Esta simulación tiene gran importancia, pues es con conocimiento de la misma cuando el cliente puede llegar a conocer el alcance de lo que firma, a saber, que pese a una notoria

bajada del tipo de interés él va a seguir pagando una determinada cantidad de euros e incluso conocer qué pagaría si no tuviera esa cláusula.

Por otra parte, la redacción de la cláusula impugnada no resulta clara, ni transparente, ni concreta, ni sencilla, sino todo lo contrario: se trata de una redacción oscura e incomprensible, sin que mi mandante haya tenido la oportunidad real de conocer su contenido al tiempo de la suscripción del préstamo hipotecario.

La cláusula no figura en un apartado independiente, sino camuflada entre la abrumadora cantidad de datos destinados a la descripción del tipo de interés y su aplicación. A mayor abundamiento, se establece un inalcanzable techo del 12%, creando así la entidad una apariencia de efecto compensador que en ningún momento se da, siendo la Entidad Bancaria perfectamente conocedora de la evolución de los escenarios financieros.

En un primer momento la cláusula se ubica en la página 12 de la escritura, con la siguiente redacción:

Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable en cada período no podrá ser inferior al 3% nominal anual ni superar el 12% nominal anual. Si del cálculo efectuado según el criterio de variación pactado resultaran unos tipos inferiores o superiores a los límites fijados anteriormente, se aplicarán estos últimos. -----

Volvemos a ver otra versión de la misma cláusula abusiva en la página 13, que tras la descripción de las condiciones para obtener la bonificación en el diferencial de la hipoteca viene a decir:

Asimismo, el tope mínimo que podrá alcanzar el tipo de interés a aplicar, conforme a los criterios de revisión pactados anteriormente, será el 3% nominal anual, permaneciendo invariable el tope máximo más arriba indicado.-----

Así, nos encontramos con una redacción distinta en uno y otro párrafo, creando el primero una apariencia de equilibrio y compensación con la alusión a un techo del 12% para terminar con la farragosa descripción en el segundo párrafo, que solo lleva a confusión a cualquier consumidor medio. Téngase en cuenta el literal: “(...) *el tope mínimo que podrá alcanzar el tipo de interés a aplicar conforme a los criterios de revisión pactados, será el 3% nominal anual, permaneciendo invariable el tope máximo arriba indicado.*” Es decir, según este tenor literal, el techo permanece invariable, y suelo no: *el tope mínimo podrá alcanzar el 3% conforme a los criterios de revisión*, unos criterios que no son otros que la variabilidad del tipo de interés. A todas luces esta redacción no solo es incomprensible para un consumidor medio, sino que solo puede conducir a error y confusión, creyendo en un primer momento que tenemos un suelo y un techo para compensar, y en un segundo momento llevándonos la entidad a la falsa creencia de que el techo es “invariable” y el suelo depende de los criterios de aplicación de una variabilidad en tipos.

SÉPTIMO.- Cumplimiento de la obligación de pago de las cuotas del préstamo hipotecario por el demandante

A lo largo del desarrollo del contrato, mis mandantes han venido cumpliendo escrupulosamente con el abono de todas y cada una de las cuotas devengadas del préstamo con garantía hipotecaria, incluso cumpliendo con la cláusula suelo a favor de la entidad financiera, desconociendo totalmente el efecto que podría tener la cláusula suelo incorporada de forma unilateral y subrepticia por la demandada en el contrato de préstamo. Dado que la cláusula impugnada es nula, por abusiva, la entidad demandada no debió aplicarla, sino que, por el contrario, tenía que haber utilizado el índice vigente en cada ocasión, más el diferencial del 0,60%. Si así lo hubiera hecho, los años 2009,2010,2011,2012 y 2013, en lugar del **3% aplicado**, en cuanto *cláusula suelo*,

debería haberse aplicado en cada revisión el Euribor publicado en el B.O.E en el mes de referencia según lo indicado en la Escritura, más el diferencial del 0,60%:

REVISIÓN	Euribor aplicable	Diferencial	Interés
oct-09	1,412	0,60%	2,012
abr-10	1,232	0,60%	1,832
oct-10	1,373	0,60%	1,973
abr-11	1,55	0,60%	2,15
oct-11	2,183	0,60%	2,783
abr-12	1,837	0,60%	2,437
oct-12	1,061	0,60%	1,661
abr-13	0,575	0,60%	1,175
oct-13	0,525	0,60%	1,125

Se adjuntan copias de las disposiciones donde se establecen los tipos aplicables cada periodo, como *Documento número 5*, obtenidas de la página oficial del Banco de España: http://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Tipos_de_Interes/Tipos_de_interes/Oficiales_para_p/Tipos_referencia/tipos/Tabla_de_los_tip/

Por consiguiente, como es obvio, durante esos años el banco ha estado cobrando un interés mayor del que corresponde. Ello obliga a recalcular todos los pagos hasta la fecha realizados, de donde resultará un saldo favorable a esta parte y que se incluye como pretensión acumulada a la principal de nulidad de la cláusula suelo.

La aplicación de la cláusula suelo ha dado lugar a que mi mandante haya abonado indebidamente la cantidad de **SIETE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES EUROS Y VEINTITRES CÉNTIMOS (7.653,23€)**, según cálculos realizado por esta parte cuyo desglose se aporta en el *Documento n° 6*

OCTAVO.-Suspensión de la aplicación de la Cláusula Suelo

A la vista de los datos ofrecidos por el cuadro de amortización aportado por la demandada mediante Diligencias Preliminares, la Entidad Bancaria dejó de aplicar la cláusula limitativa de la variabilidad del tipo de interés en noviembre de 2013.

Mi mandante no tiene constancia de haber consentido ni ella, ni su difunto cónyuge, acuerdo alguno con renuncia a acciones en compensación a la inaplicación del suelo, tal como viene siendo práctica habitual por parte de las entidades.

No obstante, y para el supuesto de que la entidad alegara la existencia de un posible acuerdo novatorio o documento de análoga naturaleza, también sería nulo en aplicación del artículo 1208 CC, de acuerdo con la Jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 16/10/2017, SAP Zaragoza de 8 de Junio de 2017, SAP Badajoz 5 de Junio de 2017), como se argumentará más adelante.

NOVENO.- Reclamación extrajudicial

Disconforme esta parte con la aplicación del tipo de interés que se estaba efectuando por la demandada, siendo inútiles las conversaciones mantenidas en la sucursal con las personas a cargo de la misma, mis representados acudieron al Servicio de Atención al Cliente, al amparo del RD 1/2017, recibiendo la respuesta que se muestra en el **Documento nº 7**, consistente en una carta enviada a mi mandante con fecha 23 de Mayo de 2017, en la que haciendo uso de nuevo de sus prácticas abusivas, arguye que no es posible realizar el re-cálculo de las cuotas al estar el préstamo cancelado.

El préstamo está cancelado con fecha **3/01/2017**, como se acredita mediante el **Documento nº 8**, consistente en Escritura de Cancelación Hipoteca. Sin embargo, esta parte no ha tenido dificultad alguna en realizar el re-cálculo en base al Cuadro de Amortización obrante en poder de la Entidad y que ha sido aportado por ésta en la práctica de Diligencias Preliminares, y en base a las certificaciones que el Banco de España publicadas en el BOE en cada periodo de revisión. Por tanto, queda más que acreditada la mala fé de la entidad, que afirma no poder realizar un re-cálculo que esta defensa ha realizado en base a sencillas reglas aritméticas, de las que entendemos bien será conocedora la Entidad Bancaria demandada.

Cerrada la vía amistosa del Servicio de Atención al Cliente, a esta parte no le queda otro camino que el de acudir a la vía judicial, como se efectúa a través de la presente demanda.

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- PROCESALES

PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Son competentes los juzgados de primera instancia para conocer de las acciones individuales previstas en la legislación relativa a condiciones generales de la contratación y a la protección de consumidores y usuarios, en virtud de lo establecido en los arts. 85.1 y 86.ter.2.d) de la LOPJ.

Dado que se pretende la declaración de nulidad de una condición general de contratación, y, como consecuencia de la misma, la reintegración de las cantidades indebidamente abonadas, puesto que mis mandantes tienen su domicilio en el partido judicial del Juzgado al cual tengo el honor de dirigirme, su situación debe determinar la competencia territorial, conforme al artículo 52.1.14.º LEC.

Por Acuerdo de 25 de mayo de 2017, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, 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, siendo en el presente caso competente el Juzgado de Primera Instancia nº de Córdoba.

SEGUNDO.- CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN

Mi representada es mayor de edad y se encuentra en situación de pleno ejercicio de sus derechos civiles, en virtud de lo dispuesto en los arts. 6.1.1º y 7.1 LEC. Asimismo, la demandada es persona jurídica, cuya capacidad se reconoce en el artículo 6.1.3º LEC, derivándose su personalidad de su constitución en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil, con la necesidad de comparecer en juicio por medio de sus representantes legales (artículo 7.4 LEC).

Corresponde la legitimación activa directa a mi representada porque es titular de la relación jurídica dimanante del contrato de préstamo en el que se encuentra inserta la cláusula cuya declaración de abusiva se pretende mediante la presente demanda (art. 10 LEC), actuando mi mandante en su condición de consumidores o usuarios (artículo 3 TRLDCEU).

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la entidad bancaria demandada, como parte prestamista del contrato indicado, que, precisamente, ha impuesto la cláusula que se impugna y cuyos efectos se pretenden anular.

TERCERO.- PROCEDIMIENTO

La presente demanda deberá sustanciarse por las normas del **juicio ordinario**, a tenor de lo prevenido en los artículos 248, 249.1.5º y 253.3 LEC, en virtud del criterio de atribución preferente de la materia de condiciones generales de contratación.

CUARTO.- ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES Y CUANTÍA

Se ejercitan acumuladamente la acción declarativa de nulidad y de reclamación de cantidad con base en el art. 71 y siguientes de la LEC, referida a una estipulación del contrato de préstamo con garantía hipotecaria referenciada en la redacción de los hechos

Cumpliendo lo prevenido en los arts. 251-253 de la LEC, se fija la cuantía de este procedimiento en **SIETE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES EUROS Y VEINTITRES CÉNTIMOS (7.653,23€)**.

QUINTO.- POSTULACIÓN

Conforme a los artículos 23 y 31 LEC se formula esta demanda a través de Procuradora de los Tribunales y ha sido redactada y firmada por Letrada habilitada ante el Tribunal.

SEXTO. COSTAS

De conformidad con el artículo 394 LEC, procede la imposición de las costas a la parte demandada por su más que evidente mala fe y temeridad, pues aun conociendo el pronunciamiento de nuestro Tribunal Supremo, se negó a la devolución de las cantidades ingresadas indebidamente por mi mandante en aplicación de la abusiva cláusula suelo, obligando a promover el presente procedimiento. La condena en costas de la entidad financiera debe ser proclamada, pues el obligar a un consumidor a acudir al proceso civil, a sabiendas de la nulidad de la cláusula suelo, no es más que una nueva actitud y práctica abusiva por parte de la entidad demandada.

II.- SUSTANTIVOS O DE FONDO

PRIMERO.- DE LA CONSIDERACIÓN DE CONSUMIDORES DE LOS DEMANDANTES

La actuación del demandante y su cónyuge se realiza, en todo momento en calidad de consumidores, dentro del concepto del mismo que señala el artículo 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 (TRLDCU): «*A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*». En todo momento han actuado en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

Es en el marco de este contrato de adhesión en el que se propugna el carácter abusivo, y, por lo tanto, **radicalmente nulo**, con los efectos que de ello se derivan, de la

cláusula suelo-techo en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria de 19 de marzo de 2007.

SEGUNDO.- DE LA AUSENCIA DE NEGOCIACIÓN INDIVIDUAL DE LA CLÁUSULA SUELO

La cláusula impugnada **no ha sido negociada de forma individual**, sino que estamos ante una cláusula **predispuesta e impuesta**. Para la determinación de qué deba entenderse por imposición de la cláusula a una de las partes, resulta particularmente útil, como ha determinado el Tribunal Supremo, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, acudir a lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 93/13, a cuyo tenor "*[s]e considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión*".

Así, en el presente supuesto la entidad demandada redactó unilateralmente el contrato, y, sin alternativa alguna para mis representados, incluyó las cláusulas que consideró convenientes; negociando únicamente la suma prestada, las cuotas y los plazos de devolución en función del interés fijo o variable. Negociación individual que no excluye la aplicación de la normativa citada, según se establece en el art. 82.2, párrafo primero, del TRLGDCU: "*El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato*".

De esta forma, la cláusula impugnada se impuso a mis clientes, sin haber sido objeto de negociación individual, desconociendo incluso los mismos su existencia. La cláusula se incorporó al contrato, sin que mis representados pudieran, 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 se establece en la sentencia de nuestro **Tribunal Supremo, en recurso de casación número 485/2012, de fecha 9 de mayo de 2013:**

«a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario».

Asimismo, concurren el elemento de la **generalidad**, al haberse determinado este tipo de cláusulas por la propia entidad bancaria, con independencia de la persona del prestatario; esto es, se trata de una cláusula destinada por el prestamista a ser incorporada en una pluralidad de contratos. Resulta de aplicación por ello la LCGC, cuyo art. 1.1 dispone que "[s]on condiciones generales de la contratación las cláusulas predisuestas 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".

En todo caso, de estimarse que no se trata de una condición *general* de la contratación, nos encontramos ante una cláusula que no ha sido negociada individualmente, en el sentido de los arts. 80 y 82 del TRLGDCU, correspondiendo a la entidad financiera demandada la carga de la prueba de este extremo, conforme se establece en el art. 82.2, párrafo segundo, de TRLGDCU, a cuyo tenor: "El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba".

TERCERO.- EL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN MATERIA DE CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE LA VARIABILIDAD DEL INTERÉS REMUNERATORIO EN CONTRATOS DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA ("CLÁUSULAS SUELO")

La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre las "cláusulas suelo", tras resolver que las mismas forman parte de los elementos esenciales del contrato (precio/prestación), ha establecido que lo que debe controlarse en cada caso concreto es la transparencia. Es decir, dado que las cláusulas que se refieren a los elementos esenciales del contrato no se someten a control del contenido, la cuestión es decidir cuándo son transparentes y cuándo no (art. 4.2 de la Directiva **93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores**). Entre otras muchas, SSTs de 9 de mayo de 2013 y 23 de diciembre de 2015.

Como recordó el Tribunal Supremo en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo, y expuso en la previa 241/2013, el doble control de transparencia consiste en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, *«conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio (RJ 2012/8857), el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo»* (en el mismo sentido, sentencias del Tribunal Supremo número 86/2014, de 26 de mayo y 464/2014, de 8 de septiembre). Por ello, seguía diciendo esta sentencia, *«la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula*

que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato».

Por tanto, *"que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación -en adelante, LCGC-). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio"* (STS número 705/2015, de 23 de diciembre).

Como indica la STS de 25 de marzo de 2015 (TOL4.828.170), la cláusula suelo debe ser objeto de un control de transparencia que vaya más allá del control de incorporación, que verifique que la información suministrada permite al consumidor saber que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato y puede incidir de forma importante en el contenido de su obligación de pago, y que el adherente puede tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega en la economía del contrato.

Ciertamente, *"a las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y*

económicas de dicha cláusula" (sentencia del Tribunal Supremo número 367/2017, de 8 de junio).

Es aplicable, pues, lo establecido en el art. 5.5 LCGC, en cuya virtud "la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez", de modo que "[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) *Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]*" (art. 7 LCGC).

Resulta aplicable, igualmente, el art. 80.1 TRLGDCU, que dispone que "en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) **Concreción, claridad y sencillez en la redacción**, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberán hacerse referencia expresa en el documento contractual. b) **Accesibilidad y legibilidad**, de forma que permita al consumidor y usuario el **conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido**".

En modo alguno, la información facilitada a mis mandantes cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

No se ha dado cumplimiento en el presente supuesto a los citados requisitos de inclusión o incorporación de las cláusulas predispuestas. Ello se debe a que **la cláusula aparece enmascarada entre informaciones que dificultan su identificación, en donde su referencia se realiza sin un realce específico y diferenciable, dentro de una cláusula más amplia y extensa, la ESTIPULACIÓN PRIMERA**

No se cumplen tampoco las exigencias del control de transparencia, teniendo en cuenta que, como ha determinado el Tribunal Supremo, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, "**la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con**

consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato".

En esta línea, el Tribunal Supremo ha determinado que *"el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014, C-26/13"* (sentencia del Tribunal Supremo 464/2014, de 8 de septiembre).

En ningún momento han tenido mis mandantes un conocimiento real y razonable de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato la cláusula suelo impuesta por la entidad demandada.

La sentencia de 9 de mayo de 2013 **señaló los parámetros que deben servir de base para observar la referida falta de transparencia en las denominadas «cláusulas suelo»:**

«a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) *No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad, caso de existir, o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.*

e) *En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor».*

En el Auto de 3 de junio de 2013, que resolvió la solicitud de aclaración de la sentencia 241/2013, el Tribunal Supremo declaró que tales circunstancias constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. Pero que no se trataba de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determinaba que la presencia aislada de alguna, o algunas, fuera suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo. No existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado. El perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios.

Así lo puso también de relieve el Tribunal Supremo en la sentencia número 171/2017, de 9 de marzo, en que afirmaba que en el análisis del control de transparencia no es necesario que el tribunal analice todos y cada uno de los parámetros empleados por la sentencia 241/2013 para poder concluir, en su caso, que las cláusulas enjuiciadas superan el control de transparencia. En cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia.

En la jurisprudencia del TJUE han abordado esta cuestión las sentencias de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb, de 30 de abril de 2014, asunto C26/13, caso Kásler y Káslerne Rábai, de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei, y de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove. De acuerdo con estas sentencias, no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las

mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.

La jurisprudencia, tanto de la Sala Primera del Tribunal Supremo como del TJUE, ha declarado la importancia que para la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. La STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb, declara al referirse al control de transparencia: «44. En efecto, reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información». El TJUE ha reiterado la importancia de la información suministrada antes de la celebración del contrato en sentencias posteriores, como la STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei, párrafo 75; STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14 , caso Van Hove, párrafo 47; y la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C308/15, caso Gutiérrez Naranjo, que declaró: «49. [...] el control de la transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 . En efecto, esta disposición prevé, en los mismos términos que los que figuran en el artículo 5 de la misma Directiva, que las cláusulas contractuales deberán estar «redactadas [...] de forma clara y comprensible». »50. Ahora bien, a este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado

44). »51. Por lo tanto, el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1 , de la Directiva 93/13 , de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del

ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular».

Tal y como se expone en laSTS número 367/2017, de 8 de junio, "*la información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato. El diferencial respecto del índice de referencia y el TAE que supone la adición de uno al otro, que es la información en principio determinante sobre el precio del producto con la que el consumidor realiza la comparación entre las distintas ofertas y decide contratar una en concreto, pierde buena parte de su trascendencia si existe un suelo por debajo del cual el interés no puede bajar. Por tanto, es preciso que en la información precontractual se informe sobre la existencia de ese suelo y su incidencia en el precio del contrato, con claridad y dándole el tratamiento principal que merece*".

La cuestión clave, por tanto, es saber si en el presente caso ha habido transparencia por parte de la entidad financiera. A dicha pregunta la respuesta negativa es más que evidente, pues se dan todos y cada uno de los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo para la existencia de la falta de claridad, transparencia e información.

La entidad demandada, si se opusiera, deberá probar y acreditar que dicha cláusula se negoció individualmente y se dio suficiente información al cliente sobre su contenido y repercusión que tendría a lo largo de la vida del préstamo.

La entidad demandada no ha facilitado al cliente información precisa y concreta respecto a la expresada cláusula de su hipoteca, por lo que el mismo desconocía la trascendencia de dicha cláusula, enterándose de la existencia y del funcionamiento de la cláusula suelo, no en el momento de firmar su hipoteca, sino en el momento en que el Banco comenzó a cobrarle el sobrepago, sobre el tipo de interés más el diferencial pactado. Tal falta de información determina que el consumidor no esté prestando un consentimiento efectivo al precio del contrato, de forma que si el cliente hubiera sido

convenientemente informado sobre el verdadero alcance y trascendencia de la cláusula suelo de su hipoteca, no la hubiera firmado. Pero, aún más, quien ofreció esa cláusula y quien la impuso debe de demostrar que informó correctamente. Por ejemplo, con las estadísticas del Euríbor de los últimos seis años. También será la entidad demandada quien deba demostrar que explicaron qué es una cláusula suelo al consumidor, en qué consiste, qué tipo de referencia ha existido en el país en los últimos años y saber las limitaciones, que pueden ser muy variadas.

Por último, **no se puede considerar suficiente ni supeditar el cumplimiento del deber de información a la comparecencia ante notario** para otorgamiento de la escritura, ya que ello no solo no implica la negociación de esa cláusula, pues la comparecencia de los prestatarios en el notario acontece cuando la escritura ya está redactada y lista para firmar; sino también que en ese momento ya no hay posibilidad de discutir y aún menos de determinar las cláusulas que se incluyen o no. En conclusión, la firma notarial se limita a una aceptación del clausulado impuesto sin que ello implique ni signifique información ni negociación previa ni individualizada de ninguna de las cláusulas. Tal y como dispone la STS 8/9/2014.

Especial mención a la Compraventa con Subrogación de Hipoteca y Novación Modificativa de Préstamo Hipotecario

En relación al punto que en el pasado podría resultar controvertido, pero que, sin embargo, la jurisprudencia menor ha ido matizando, es el hecho de que mi mandante firmara una compraventa con subrogación y novación de las condiciones, impuesta por la entidad bancaria. Como se observa en el contrato, además de subrogarse en las condiciones de la escritura firmada por la promotora y la entidad bancaria, hay ciertas estipulaciones que se novan, como es la del hecho de cambiar las condiciones relativas a la cláusula suelo, fijándose en la escritura del año 2007, un suelo del 3% y un techo del 12%.

En este sentido, se han pronunciado, entre otras la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª) en Sentencia 105/2017 de 23 de marzo o la Sentencia 135/2015 de 21 de mayo, o la sentenciadonde se determina que había obligación de pasar el filtro de incorporación aunque sea una hipoteca con subrogación y novación. La demandada no había acreditado una negociación individual de la cláusula suelo. Tampoco se facilitó al

cliente información suficiente ni en la fase precontractual ni en el momento de la contratación para determinar si éste era conocedor de las consecuencias jurídicas y económicas de la inclusión de tal cláusula en el contrato.

Y en el mismo sentido la SAP de León, secc. 1, 121/2016, de 13 de abril, rec. 411/2011, FJ I hace un magnífico resumen sobre el caso que nos atañe:

“(…) **Supuestos de subrogación del deudor** (supuesto habitual de comprador de vivienda que se subroga en la posición de prestatario que correspondía originariamente a la promotora que le vende la vivienda gravada con hipoteca). Tal y como se indica en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés es una condición general que se impone por el predisponente, ya sea en un contrato originario o en otros que, por cualquier clase de vínculo contractual (**subrogación o novación, o ambas cosas**), trasladen la cláusula al ámbito de la relación contractual con el consumidor. El control de transparencia, en relación con cláusulas de limitación de la variación del tipo de interés incorporadas a contratos suscritos por consumidores, no se vincula con la esfera subjetiva de la contratación o con eventuales vicios del consentimiento sino, en abstracto (como se indica en la Jurisprudencia), a las pautas y protocolos de incorporación de la cláusula. Y así, la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 8 de septiembre de 2014 (recurso 1217/2013), califica el control de transparencia " *como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC (RCL 1998, 960) y artículo 80.1 a TR- LGDCU (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta...* "(apartado 6 del fundamento 2º). Y matiza (apartado 7 del fundamento 2º) " *que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado...* ". Lo relevante no es determinar en qué medida pudo el contratante saber de la cláusula suelo; lo relevante es valorar si la cláusula se ha incorporado al contrato de préstamo con la debida transparencia cuando esté destinada a operar en relación con consumidores. La cláusula se introduce como una

condición general predispuesta y no negociada, porque, como se indica en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013: "*... no podemos compartir la equiparación que hace la sentencia recurrida entre desconocimiento de una cláusula e imposición de la misma. 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...*". Por ello, tanto si se contrata directamente el préstamo con el consumidor como si este se incorpora como prestatario en virtud de subrogación y/o novación, la cláusula suelo sigue siendo una condición general, conforme se indica en el apartado 165 de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013: "*De lo hasta ahora expuesto cabe concluir que: a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario". Y como condición general que vincula al consumidor (sea cual sea el medio de incorporación) es susceptible de control de transparencia. El control de transparencia, por lo tanto, se ha de extender a la cláusula, tanto si se incorpora por novación como si en el contrato originario ya preexistía, como también, y por igual motivo, ha de suceder en el caso de consumidor que se subroga en el préstamo hipotecario suscrito por otro, como así se ha indicado por este tribunal en diversas sentencias y, entre ellas, en la de fecha 22 de junio de 2015 (recurso 221/2015): "*Es decir, al cliente no se le ofrecen diversas vías de financiación sino una muy concreta que no le permite discernir cuál de ellas podría resultarle más idónea. Y aquí reiteramos que lo que se ha de analizar es si la información exigible se transmitió al consumidor, no quien debió de hacerlo, porque no estamos resolviendo sobre una acción encaminada a exigir responsabilidad civil, sino sobre la validez de una cláusula que se condiciona a la verificación de un**

doble control de transparencia cuya única finalidad es comprobar que el consumidor comprendió el significado de la cláusula y sus consecuencias jurídico-económicas, con independencia de quien debiera de haber actuado para superar ese doble control. Los criterios sustentados en esta sentencia ya han sido aplicados por este tribunal en nuestras sentencias de fecha 28 de octubre de 2014 (rec. 66/2014), 5 de diciembre de 2014 y 7 de abril de 2015 (rec. 92/2015) que llegan a las mismas conclusiones adoptadas en las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1ª, de fecha 14 de mayo de 2014 , de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Badajoz , de fecha 14 de enero de 2014 , de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Granada de fecha 6 de junio de 2014 y de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres de fecha 7 de julio de 2014 , entre otras ".

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). (...)"

CUARTO.- NATURALEZA DE LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE LIMITACIÓN DE LA VARIABILIDAD DEL INTERÉS ("CLÁUSULA SUELO")

Conforme al artículo 82.1 Texto Refundido para la Defensa de Consumidores y Usuarios son **cláusulas abusivas** «*todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*», y añade, en el apartado tercero del mismo artículo que «*el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios*

objeto del contrato y 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» y, a continuación, en los artículos 85 a 90 de la citada Ley, se establece un catálogo de cláusulas que, de estar alguna de ellas incluidas en un contrato celebrado entre un empresario y un consumidor, se considerarán abusivas.

Como ha precisado el Tribunal Supremo, "en el caso de la nulidad de una condición general que regula un elemento esencial del contrato por falta de transparencia, la causa del carácter abusivo de la condición general estriba en la ausencia de información adecuada por parte del predisponente sobre la existencia y trascendencia de la cláusula contractual, perjudicial para el consumidor. Este déficit de información impide que el consumidor adopte la decisión de contratar conociendo con claridad la carga económica y las consecuencias jurídicas que le supone la existencia de esa cláusula en el contrato y no le permite comparar correctamente la oferta con otras existentes en el mercado" (STS número 367/2017, de 8 de junio).

El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta la transparencia con el juicio de abusividad (*«la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»*), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación (STS número 705/2015, de 23 de diciembre).

Como ha establecido el Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de marzo de 2015 (TOL4.828.170),

«la falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente

incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con "cláusula suelo" en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado». Como decía el Alto Tribunal en la sentencia núm. 241/2013, apartado 218, «la oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de transcendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor».

QUINTO.-NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Dada la consideración de cláusula abusiva de la impugnada, procede su **declaración de nulidad**, de conformidad con los artículos 8.2 LCGC y 83.1 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores. El artículo 8.2 LCGC señala que, "*en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose 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*". Remisión que, deben entenderse referida, al texto actualmente vigente en dicha materia, citado anteriormente.

Como ha declarado el Tribunal Supremo, "*el control de abusividad de la cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor, en el que se inserta el control de transparencia, lleva consigo la nulidad de la cláusula controvertida, la pervivencia del contrato sin esa cláusula y la restitución de lo que el predisponente haya percibido como consecuencia de la aplicación de la cláusula abusiva*" (STS número 367/2017, de 8 de junio).

La nulidad de la cláusula abusiva no conlleva la ineficacia del contrato, el cual puede subsistir sin la misma, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 10 LCGC y 83.1 y 2 de la Ley de Consumidores. Y en este sentido, la integración es sencilla, tal y como

previene el apartado segundo con remisión al artículo 1.258 Código Civil, y los criterios que ofrece al respecto, la buena fe, el uso y la ley bajo el prisma de la propia naturaleza del contrato. A estos efectos, como determina el art. 83.2 de la Ley de Consumidores, "el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato". **El contrato, así pues, mantiene su vigencia, con eliminación del límite impuesto, determinándose los intereses a partir de la fórmula, en este caso, de tipo variable señalado más (...) puntos.**

Sobre la posibilidad de que el juzgador, apreciada la abusividad de la cláusula, pueda "moderar" su impacto modificando su contenido, el TJUE ha declarado en la sentencia de 14 de junio de 2012 (asunto C-618/2010), que **los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor**, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. Determinando que el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. Razona el Tribunal que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, se eliminaría el efecto disuasorio de las normas protectoras del consumidor, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando se declare su nulidad, el contrato se integrará por el juez nacional en lo que fuere necesario. Es por ello que la cláusula suelo contenida en los contratos de mis mandantes se tendrá por no puesta.

SEXTO.- CONDENA AL REINTEGRO. APLICACIÓN DEL ART. 1303 CC

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, se solicita que, como efecto derivado de la nulidad petitionada en nuestro escrito de demanda, se condene a la entidad bancaria a devolver a mi cliente las cantidades que se han cobrado en exceso durante la vida del préstamo.

La controversia sobre los **efectos retroactivos** de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo ha quedado resuelta por la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo), que ha determinado un cambio en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, a partir de la sentencia 123/2017, de 24 de febrero. Esta doctrina se ha seguido posteriormente por otras varias, como las sentencias 314/2017, de 18 de mayo, 334/2017, de 25 de mayo y la 487/2017 de 20 julio.

Conforme a la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 (TOL5.912.453):

"El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

En aplicación de esta doctrina, el Tribunal Supremo, en la sentencia del Pleno número 123/2017, de 24 de febrero, ha determinado que *"procede modificar la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo, toda vez que la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016 ha considerado que:*

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

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

SÉPTIMO.- DE LA NULIDAD DE LOS ACUERDOS NOVATORIOS CON MANIFESTACIÓN DE RENUNCIA A ACCIONES

La jurisprudencia ha venido negando los efectos de este tipo de acuerdos novatorios. Así, la sentencia de la **Audiencia Provincial de Zaragoza de 8 de junio de 2.017** habla de *"la imposibilidad de convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor incluso aunque contenga la renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponderle"*, y añade *"En primer lugar, por la vigencia del principio lo que es nulo -añadimos radicalmente nulo- ningún efecto produce - quod nullum est nullum producit effectum. De ahí que las novaciones de tal cláusula deben ser consideradas un intento de moderarlas por vía contractual. De otra parte, la libertad contractual en la que se justifica su validez parte precisamente, no de un ámbito ilimitado contractualmente de la misma, sino, precisamente, de la validez de la cláusula que es nula y la percepción del carácter más favorable para el consumidor de la que se sustituye, cuando la misma sigue siendo la misma condición general de contratación, aparentemente negociada en el caso concreto, con una limitación al tipo de interés inferior a la que se trata de dar efectividad por el banco para paliar los efectos de la condición general de la contratación atacada de nulidad. Incluso desde la propia eficacia del negocio jurídico, la convalidación de una cláusula radicalmente nula por nulidad absoluta, no meramente anulable, no produce efecto alguno"*.

En la misma línea, destaca la sentencia de la **Audiencia Provincial de Badajoz de 5 de junio de 2.017**: *"No es tan fácil deshacer lo mal hecho: no basta con que se haga una novación más favorable a los intereses del consumidor. La novación de lo nulo ningún efecto produce, nulo sigue siendo. Es además, como señala el TJUE, una cuestión de*

orden público, de modo que la renuncia del consumidor frente al profesional no es válida. Debemos insistir también en que no hay acto propio. Estaríamos ante un supuesto de error excusable, pues no se proporcionó al cliente información comprensible y adecuada. La actora no fue informada detallada y claramente sobre sus derechos. El acto propio requiere pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica. Para renunciar hay que tener verdadero conocimiento del vicio (sentencias del Tribunal Supremo 595/2016, de 5 de octubre , 577/2016, de 30 de septiembre y 503/2016, de 19 de julio). Debe además añadirse que la entidad bancaria era conocedora de que si hubiera sido demandada al respecto se hubiera visto obligada a efectuar una determinada devolución de intereses. Y sin embargo silencia esta importante circunstancia y no devuelve nada al prestatario”.

Siguiendo esta línea jurisprudencial y teniendo presente que *quod nullum est nullum producit effectum*, la renuncia no es válida porque carece de objeto: recae sobre los efectos de una cláusula inexistente, una cláusula radicalmente nula. Si se atribuyese eficacia a la transacción estaríamos pervirtiendo el efecto disuasorio perseguido por las normas de Derecho de la Unión Europea y por la Jurisprudencia del TJUE: la cláusula nunca ha existido, por lo que sobre la misma no es posible considerar subsistente o productor de efectos acuerdo alguno. El consumidor se encuentra en una situación de desequilibrio, por lo que ha efectuado una renuncia sin ser consciente del alcance de los efectos de la declaración de nulidad y de que no era posible transigir sobre una cláusula nula. Debe restituirse la situación de hecho y de derecho en que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, y dicha situación en modo alguno puede ser la resultante de una transacción de la misma. La demandante llevó a cabo una renuncia sobre un objeto sobre el que no podía transigir, como se deriva del artículo 10 del TRLGDCU, que prohíbe la renuncia previa a los derechos y los consumidores y la posterior realizada en fraude de los derechos de los mismos.

Establece el **artículo 1.208 del Código Civil**: *“La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad solo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en origen”*. La reciente **Sentencia del Tribunal Supremo de 16/10/2017**, aclara la aplicación de dicho precepto en un caso análogo al aquí enjuiciado: *“En este caso, como se ha dicho, se trata de una nulidad*

absoluta apreciable de oficio y no de una nulidad cuya causa solo pueda ser invocada por el deudor.

8.- *Este precepto legal determina la nulidad de la novación cuando también lo sea la obligación novada, salvo que la causa de nulidad solo pueda invocarla el deudor o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen. Pero del mismo no se deduce que siempre que la nulidad de la obligación novada solo pueda ser invocada por el deudor, la novación suponga necesariamente la convalidación de la obligación novada y la consiguiente subsanación de los defectos de los que esta adolecía. La nueva obligación adolecerá de los mismos vicios que la obligación novada, salvo que la voluntad de los interesados pueda y quiera subsanar tales defectos. Para que tal subsanación se produzca, es preciso que se den los requisitos que el art. 1311 del Código Civil y la jurisprudencia que lo desarrolla establecen para la convalidación de los negocios anulables.*

9.- *En el caso enjuiciado, la protesta por la inclusión de una cláusula de la que no se advirtió a los prestatarios, pese a su trascendencia, y la petición de que al menos se les reduzca el suelo al fijado en otros contratos de la misma promoción, incluso si se tratara de un vicio subsanable (que no lo es), no podría considerarse en ningún caso como una convalidación del contrato pues no constituye un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria. Se trata solamente de una solicitud dirigida a reducir en lo posible las consecuencias negativas que la cláusula cuestionada tenía para los prestatarios, que no les impide posteriormente solicitar la declaración de nulidad absoluta de tal cláusula y la restitución de lo que el banco ha percibido indebidamente por su aplicación.”*

OCTAVO.-DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LAS ACCIONES

La acción ejercitada es una **acción individual de nulidad de condiciones generales** de contratación , no una acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento por lo que debemos considerar que se trata de una **acción imprescriptible**. Según tiene declarado **el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 14 de Marzo de 2002**, “ *Los vicios de inexistencia y nulidad radical de los actos o negocios jurídicos no son susceptibles de sanación por el trascurso del tiempo, de conformidad con el principio < quod ad initium*

vitiosum est non potest tractu temporis conualescere >. “Esto es, como manifestó también la STS de 21 de Enero de 2000 “Las relaciones afectadas de nulidad absoluta, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el trascurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad”.

Como ha declarado el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de La Coruña en Sentencia de 20 de Enero de 2015 en procedimiento de nulidad individual de condiciones generales de la contratación, es insubsanable e imprescriptible. La declaración de nulidad de la cláusula litigiosa se funda en su falta de transparencia y claridad, por lo que a tenor del art 8 LCGC sería nula de pleno derecho. Obviamente tal declaración de nulidad es imprescriptible según dispone el art 19.4 LCGC.

La acción ejercitada por la parte demandante es acción individual de nulidad con fundamento en los artículos 8 y 9 LCGC que remite, tratándose de un consumidor y de la nulidad de una cláusula contractual por abusividad al Texto Refundido de La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Así resulta de la *causa petendi*, entendida por el TS(entre otras Sentencias STS 28 Octubre de 2013) como el conjunto de hechos esenciales o relevantes para el éxito de la consecuencia jurídica pretendida de la parte demandante. Si atendemos al conjunto de hechos relatados en la demanda la nulidad pretendida es de la cláusula concreta y no del contrato entero, la parte demandada no pretende una declaración de anulabilidad sino la declaración de nulidad de pleno derecho de una cláusula contractual subsistiendo la validez del contrato de préstamo con garantía hipotecario, aun ya cancelado, estando ante un supuesto de nulidad parcial.

Asimismo, para el supuesto de que la demandada alegue como *cosa juzgada* la acción de nulidad, **la acción individual de reclamación de cantidad no ha prescrito**, al haberse consumado el contrato el 3 de enero de 2017, fecha en la que se procede a cancelar la hipoteca.

NOVENO.- DE LOS INTERESES DEBIDOS

Procede la condena de la demandada al abono de los intereses legales de las cantidades debidas en aplicación de la cláusula suelo, **desde la fecha de cada cobro periódico de intereses indebidos**. Y ello en aplicación de la doctrina emitida por la Sala Primera del Tribunal Supremo (sentencias 123/2017, de 24 de febrero, 334/2017, de 25

de mayo y 487/2017 de 20 julio. Así, la STS de 25 de mayo), con cita de la anterior, declara que "en estos casos de nulidad, conforme al art. 1303 CC, el alcance restitutorio incluye el pago de los intereses devengados por las respectivas prestaciones restituibles (por todas, sentencia de esta sala 734/2016, de 20 de diciembre)".

DÉCIMO.- IURA NOVIT CURIA.

Por todo lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO que, teniendo por presentado este escrito y los documentos que se acompañan, se tenga por formulada demanda frente a la entidad demandada y, previos los trámites procesales legalmente establecidos, se dicte sentencia en la que:

1º) Se declare la nulidad de la cláusula del préstamo hipotecario impuesta a mi mandante por la demandada, por la que se impone un interés mínimo en la determinación del interés variable del préstamo hipotecario del 3%, cuya redacción es: "*Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable en cada periodo no podrá ser inferior al 3% nominal anual ni superar el 12% nominal anual*", con los efectos inherentes a tal declaración en aplicación del art. 1.303 del Código Civil

2º) Se condene a la entidad demandada al reintegro de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de la cláusula suelo, cuyo importe asciende a **SIETE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES EUROS Y VEINTITRES CÉNTIMOS (7.653,23€)**

4º) Se condene a la demandada al abono de los intereses legales computados desde la fecha de cada cobro indebido.

5º) Se condene expresamente a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento.

Es justicia que respetuosamente se pide en Córdoba, a 23 de Noviembre de 2017.

Firma Letrada

Firma Procuradora

ÍNDICE DOCUMENTAL

Documento nº 1.....Certificado de defunción de D. Enrique Ros Sánchez

Documento nº 2.....Hipoteca de préstamo hipotecario

Documento nº 3.....Cuadro de amortización

Documento nº 4..... Extractos cuenta bancaria acreditativos de bonificaciones

Documento nº 5.....Disposiciones del Banco de España. Tipos de referencia.

Documento nº 6.....Cálculo diferencia de intereses. Cuantía.

Documento nº 7.....Respuesta de la Entidad a Reclamación extrajudicial

Documento nº 8.....Escritura de cancelación de hipoteca