

AL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE BARCELONA

IRENE SOLA SOLE, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación **MÓNICA REVUELTA GODOY y de JOSEP MARIA ESCUER MUNNÉ**, cuyo apoderamiento se otorgará *apud acta* por comparecencia ante el Secretario judicial en el día y hora que se señalen, y bajo la dirección letrada de **MÓNICA REVUELTA GODOY**, col. núm. 31800 ICAB, con despacho profesional en Barcelona, calle Ávila 51, local, ante el Juzgado comparezco respetuosamente, y en la forma más procedente en Derecho **DIGO**:

Que por la presente, y siguiendo las expresas instrucciones de mis representados formulo demanda de JUICIO ORDINARIO contra la entidad **BANKIA S.A.** domiciliada en calle MARINA, 16 - 08005 Barcelona, y C.I.F. número A-14010342, en ejercicio de las **acciones de nulidad de condición general de la contratación** y de **condena al reintegro de las cantidades indebidamente cobradas** por la demandada, todo ello de acuerdo con los siguientes hechos y consideraciones de derecho:

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 20 de septiembre 2002, mis mandantes, ambos al 50%, contrajeron con la entidad demandada, (anteriormente, Caixa d'Estalvis Layetana), un contrato de subrogación de hipoteca, junto a la compraventa de la finca sita en Barcelona, calle Salvador Espriu 33, 1º1º, y con fecha 29 de julio de 2003, otro contrato de

subrogación de hipoteca de una, de las dos plazas de parking, que se adquirieron, sita en Barcelona, calle Joan Miró nº 6. Ambas subrogaciones se formalizaron mediante sendas escrituras públicas otorgadas en la Notaría de D. Carlos Cabadés O'Callaghan. (*documentos número 1 y 2*).

El préstamo de la vivienda ascendió a 240.000.- euros y el de la plaza de parking ascendió a un importe de 13.500.- euros, **sin fijar ni plazos de amortización, ni el tipo de interés ni el índice que regularía la vida del préstamo hipotecario, de tipo de interés variable, ni ninguna otra cláusula reguladora del préstamo.** En ningún momento se les mostró a mis mandantes, ni original ni copia de la escritura origen de la subrogación de cada finca. Y actualmente, tras haberlo requerido en diversas ocasiones, como se acreditará, no se ha conseguido acceder a ella.

SEGUNDO.- De palabra, la parte vendedora manifestó el plazo de amortización y el tipo de interés que en ese momento estaba en vigor en sus contratos de préstamo, al que mis mandantes se subrogaron. **No hubo ninguna oferta vinculante** de la entidad que se mostrará y mucho menos que se firmara, lógicamente.

TERCERO.- La actuación de los 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.- Mis mandantes, que han cumplido y siguen cumpliendo a rajatabla con el pago de las cuotas mensuales hasta el día de hoy, y a la vista de las novedades legislativas y sobre todo, ante la reacción de los afectados por las hipotecas, quisieron conocer el contenido de las mismas, por si resultaban afectados por alguna cláusula nula.

Para ello, la que suscribe se puso en contacto con la entidad, aquí y ahora demandada, justo después de que absorbiera los clientes de la antigua Caixa d'Estalvis de Layetana, y solicitó copia de la escritura de origen para conocer su contenido. No se les facilitó en ningún momento. Por lo que la que se suscribe **remitió dos cartas** que entraron en la entidad de la demandada el mismo día, **el 17 de septiembre 2013**, en una se reclamaban las escrituras y en la otra, sospechando que había cláusula "suelo" se solicitaba su anulación inmediata. Se adjuntan ambas como *documentos nº 3 y 4*, respectivamente. **Dichas solicitudes aún no han sido atendidas.**

QUINTO.- En fecha 03 de octubre 2013, se recibe por parte de la entidad demandada, **comunicación donde se indica una SUBIDA del tipo de interés, que pasa a ser del 3,932%**, con efectos desde el 20 de septiembre 2013. Ante esta aberración económica, desde la perspectiva de la caída de los tipos de interés a nivel mundial, conocidos por todos los agentes económicos, sean duchos o no en la materia, la que suscribe contactó con la entidad, la cual refirió que las hipotecas concertadas se revisaban por el IRPH, primera noticia que mis mandantes tenían sobre cláusula alguna.

Ante lo referido, la que suscribe **remitió una tercera carta**, que entró en la entidad **con fecha 08 de octubre 2013**, solicitando que se modificara dicha cláusula habida cuenta que el Euribor ese día estaba a 0,57%, muy diferente al 3,932% de la notificación recibida. Se

adjunta la carta como *documento n° 5*. **Dicha solicitud no ha sido atendida a día de hoy.** Se adjunta notificación del cambio de tipo de interés como *documento n° 6*.

SEXTO.- Finalmente, y ante el silencio de la demandada, mis mandantes presentaron demanda de conciliación para obligar a dicha entidad a manifestarse y a entregar copias de las escrituras de origen. Se adjunta demanda como *documento n° 7*. Dicha demanda se ventiló ante la Secretaria Judicial del Juzgado de primera instancia 57 de Barcelona, y **en fecha 27 de febrero 2014 se celebró el acto de conciliación SIN AVENENCIA y sin que aportara la demandada las escrituras solicitadas.** Se adjunta el testimonio de dicho procedimiento como *documento n° 8*.

SÉPTIMO.- Así las cosas, mis mandantes se han visto **OBLIGADOS a presentar esta demanda.** Han intentado por todas las vías posibles, incluso por conciliación, conocer el contenido de ambas escrituras de préstamo hipotecario, y en consecuencia, conocer sus derechos y ejercerlos. Está claro para la que suscribe que la entidad demandada ha actuado con manifiesto desprecio procesal, económico y legal y que con su actuación de ostracismo, oscurantismo y evasión, **vulnera la buena fe contractual** y la buena fe procesal.

OCTAVO.- De las posibles cláusulas nulas que pudieran haber en las escrituras de origen de la subrogación: Como se ha puesto de manifiesto, mis mandantes desconocen cuál es el articulado de dichas escrituras de préstamos de origen, por consiguiente, fundamentaremos las más frecuentemente utilizadas por las entidades bancarias, sin perjuicio de que una vez la parte demandada muestre dichas

escrituras, sean menos o más de las que aquí se enumeren sin que por ello se desista de ninguno de los derechos de mis mandantes.

- Para el caso de cláusula SUELO, manifestar que como es ahora bien sabido, aquella disposición, en la que se establece un tipo mínimo y máximo de referencia, constituye una cláusula limitativa a la variabilidad del tipo de interés, conocida como "cláusula suelo-techo", la cual no suele aparecer identificada como tal en el tipo de contrato, pues no se la designa con el nombre por el que coloquialmente se le conoce: cláusula suelo, o cláusula suelo-techo, 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. Este tipo de redacción hace totalmente ilocalizable dicha cláusula para un consumidor medio que accede al préstamo con garantía hipotecaria.

En este caso, en ningún momento la entidad prestamista informó al prestatario de ninguna cláusula suelo-techo, ni ninguna otra, ni entregó realmente oferta vinculante alguna, tal y como exigía el artículo 5 de la Orden de Transparencia Bancaria de 5 de mayo de 1.994, aún siendo uno de los préstamos inferior a 150.000 euros, y hoy confirma la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE de 29 de octubre de 2011).

Esta cláusula por la que se impone a mis mandantes un techo y 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 mis mandantes. Es más, la cláusula suelo-

techo 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.

Como la entidad demandada puede comprobar, mis mandantes han abonado, hasta el día de hoy, **la cantidad de 59.633,14.- euros, del préstamos de la vivienda, y la cantidad de 3.096,29.- euros del préstamo de la plaza de parking a la demandada**, (se adjuntan últimos recibos pagados a día de hoy, como *documentos nº 9 y 10*), parte de dicha cantidad indebidamente, como consecuencia de la ilícita aplicación de una cláusula abusiva, como es la cláusula suelo, tal y como recientemente ha sido considerada por nuestro Tribunal Supremo, en recurso de casación número 485/2012, sentencia de fecha 9 de mayo de 2.013.

- Para el caso de revisión del tipo de interés mediante el IRPH: el IRPH ha sido considerado abusivo por primera vez en una sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Collado Villalba, localidad de Madrid, y ha suspendido la ejecución hipotecaria de una vivienda por impago de su correspondiente hipoteca, por encontrar numerosas cláusulas abusivas en su contrato hipotecario. Las cláusulas suelo y los intereses de demora ya han sido señaladas como abusivas en otras sentencias, pero por primera vez se incluye el IRPH considerándolo abusivo. Concretamente señala que **“Establecer el IRPH como índice en sustitución del Euribor resulta más perjudicial para el prestatario, lo que da lugar a declarar dicho índice como abusivo”**.

La sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 y la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, ampara ejercitar acciones judiciales frente al IRPH solicitando la **nulidad de la cláusula** relativa a los intereses que lo contenga por **abusiva** debido a la falta de transparencia. En este caso, ni siquiera se conoce que tipo de los tres posibles es el IRPH, si el de cajas, bancos o entidades. **La falta de transparencia es total y absoluta y comporta la nulidad radical de cualquier cláusula que perjudique a mis mandantes en beneficio de la entidad demandada.**

NOVENO.- De acuerdo con los datos expuestos, mis representados han abonado cantidades en exceso, que indebidamente y de manera abusiva ha recibido la entidad demandada. Cantidades que, lógicamente, han generado los intereses legales pertinentes.

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A.- PROCESALES

I. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

El artículo 86.ter.2.d) LOPJ determina la competencia objetiva y funcional de los Juzgados de lo Mercantil, para conocer en primera instancia de las reclamaciones en materia de condiciones generales de

contratación. Asimismo, 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.

II.- CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN

Mis representados son mayores de edad y se encuentran 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 mis representados porque son titulares de la relación jurídica dimanante de los contratos de préstamos en los que se encuentran insertas las cláusulas cuya declaración de abusivas se pretende mediante la presente demanda (art. 10 LEC), actuando mis mandantes en su condición de consumidores o usuarios (artículo 3 TRLDU)

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

III.- 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.

IV.- ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES Y CUANTÍA

En cuanto al requisito prevenido en el artículo 253.1 LEC, que exige que se exprese justificadamente la cuantía de la demanda, se debe considerar que por la presente demanda se formulan dos pretensiones acumuladas: la primera pretensión consiste en la **declaración de nulidad por abusiva de una condición general** y la segunda pretensión se refiere a la **reintegración de las cantidades indebidamente cobradas por la demandada**.

Respecto de la segunda de las pretensiones podría sostenerse que, en aplicación de la regla 1ª del artículo 251, "la cuantía de la demanda estará representada por dicha cantidad", esto es, las cantidades abonadas en exceso. Sin embargo, respecto de la primera, como no es posible predecir cuál será la evolución de los tipos de referencia en el futuro, no se puede en este momento determinar la diferencia futura entre la cláusula suelo y la cláusula IRPH, la que se debiera aplicar en caso de su anulación. Por tanto, no siendo posible la determinación de la cuantía para esta pretensión, ni aún en forma relativa, la demanda se considerará **de cuantía indeterminada** (art. 251.1ª).

V.- POSTULACIÓN

Conforme a los artículos 23 y 31 LEC se formula esta demanda a través de Procurador de los Tribunales, y con dirección y firma de Letrado habilitado ante el Tribunal.

VII. 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 reiteradamente a la supresión de la cláusula suelo obligando a mis mandantes a promover el presente procedimiento. Incluso en el caso de que no se dictara un pronunciamiento favorable a la reintegración de las cantidades indebidamente ingresadas por el consumidor, 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.

B.- SUSTANTIVOS O DE FONDO

PRIMERO.- DE LA CONSIDERACIÓN DE CONSUMIDORES DE LOS DEMANDANTES.

La actuación de mis mandantes 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 las cláusulas de suelo y/o de revisión de tipo de interés, incluidas en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

SEGUNDO.- DE LA AUSENCIA DE NEGOCIACIÓN INDIVIDUAL DE AMBAS CLÁUSULAS.

Las cláusulas impugnadas **no han sido negociadas de forma individual**, sino que estamos ante unas cláusulas **predispuestas e impuestas**. 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, que además se subrogaron "a ciegas" por mucho que en la escritura de subrogación se manifieste por el Notario que se nos mostró anteriormente la escritura origen, pues no es cierto, 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 de palabra. 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, las cláusulas impugnadas se impusieron 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 pre redactada 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 predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

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.- DE LA FALTA DE DE TRANSPARENCIA EN LA INCORPORACIÓN DE LAS CLÁUSULAS IMPUGNADAS AL CONTRATO.

La OM de 5 de mayo de 1994, aplicable cuando se concertó el préstamo hipotecario por mis representados, regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que, en lo que aquí interesa y de forma sintética, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue

con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja.

Asimismo, conforme a lo establecido en el art. 5.5 LCGC, "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).

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 (OM de 5 de mayo de 1994), y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (arts. 5.5 y 7 LCGC).

No se ha dado cumplimiento en el presente supuesto a los citados requisitos de inclusión o incorporación de las cláusulas predispuestas. 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". Resulta aplicable, a este respecto, el art. 80.1 TRLCU, que dispone que "[e]n 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 [...]-; 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 ningún momento han tenido mis mandantes un conocimiento real y razonable de las consecuencias de dichas cláusulas.

En todo caso, como ha declarado el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 9 de mayo de 2013, "el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente".

En consecuencia, aún cuando, en aplicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, se estime que dicho tipo de cláusula impugnada describe y define el objeto principal del contrato, debe tomarse en consideración, como ha indicado el Tribunal Supremo en la citada sentencia, *«el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo»*. En este sentido, debe recordarse la STJUE de fecha 3 de junio de 2.010 y STS de 4 de noviembre de 2.010 (Diario La Ley 203282/2010), que interpretan el artículo 4 de la mencionada Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, *«en el sentido de que no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carecer abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato, o a la adecuación entre precio y retribución, y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Por tanto, es claro que*

las cláusulas contractuales no negociadas individualmente, incluso las relativas a elementos esenciales del contrato, como es el precio; también son susceptibles de ser sometidas a control jurisdiccional sobre su posible abusividad». Precisión que ha sido posteriormente ratificada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2.013.

CUARTO.- DEL CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA DE IRPH:

Este tipo de cláusulas de interés, son cláusulas **predispuestas** que se incorporan al contrato, sin que el prestatario pueda, en absoluto, modificar el contenido obligacional, y sin que exista, siquiera, una mínima negociación al respecto, incorporadas además a una pluralidad de contratos. Nos encontramos, por tanto, ante una **condición general de la contratación** que como tal está sometida a la normativa de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 y la norma de transposición de la misma la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

Como Condición General de la Contratación al incorporar dicho tipo de referencia como tipo de interés aplicable al préstamo, si el adherente **no fue informado** de la existencia de todos los tipos de referencia vigentes en el momento de la firma y en concreto de la existencia de **tipos de interés más ventajosos** que el IRPH como el Euribor por ejemplo, adolecerá de falta de transparencia, puesto que como ha declarado el Tribunal Supremo, es necesario que el cliente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, como la carga jurídica del mismo.

En consecuencia si había tipos de referencia más beneficiosos para el prestatario y no se le informó de ello, se ocasionaría con la

aplicación del IRPH un **grave perjuicio al consumidor** y un desequilibrio en las contraprestaciones lo que permitiría su consideración de **cláusula abusiva** por falta de transparencia y en consecuencia nula por aplicación del art 8.2 de la LCGC ya que vulnerarían 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.

Asimismo vulneraría la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en concreto su art 6.2 por ser susceptible de influencia por la entidad bancaria en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.

Y de igual modo la orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre de transparencia y protección de los servicios bancarios en sus art 5, 26 y 27 que viene a sustituir a la anterior.

Por la forma de hacerse la **publicidad** deberá comprobarse que ésta no fue **engañosa** y explicó el coste real derivado de la aplicación de dicho tipo de referencia ya que de lo contrario vulneraría la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios si no fue clara, suficiente, objetiva y no engañosa y “deberá quedar explícito y patente el carácter publicitario del mensaje”

Igualmente en relación a la publicidad, si no fue clara podría vulnerar la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios, por cuanto el mensaje publicitario pueda inducir a error al consumidor acerca de las características del producto o servicio ofrecido y generar en este un comportamiento económico que presumiblemente no habría adoptado

si esa información de referencia hubiese estado incluida en el soporte publicitario utilizado.

Y para terminar la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito en su deber de información al cliente que en su art 7, b) impone la obligación de informar sobre: la periodicidad con que se producirá el devengo de intereses, las fechas de devengo y liquidación de los mismos o, en su caso, de los precios efectivos citados en la letra anterior, la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés nominal, el importe absoluto de los intereses devengados y, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo de dicho importe.

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2.013, que con estimación parcial del recurso de casación número 485/2012, ha declarado nulas las denominadas «cláusulas suelo» en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable celebrados entre profesionales y consumidores, cuando haya falta de transparencia, aceptando que en los casos de falta de transparencia en la información facilitada por el Banco a los clientes la cláusula es radicalmente nula. Esta sentencia ha establecido los parámetros que deben servir de base para observar la referida falta de transparencia:

«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».

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: (Ni siquiera se entró oferta vinculante ni se mostró la escritura origen de la subrogación).

No cabe duda que, la entidad financiera debe facilitar al cliente información específica sobre dicha cláusula, **no siendo suficiente que la entidad financiera haga constar en la escritura de hipoteca la cláusula suelo y la de revisión por IRPH. Y, en este caso, ni siquiera hace eso, pues SE niega a facilitar copia de la escritura origen.**

QUINTO.- DE LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Al tratarse la cláusula impugnada de una cláusula abusiva, procede su declaración de nulidad, de conformidad con los artículos 8.2 LCGC y 83.1 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores. 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".

Sobre la posibilidad de que el juez, 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-techo se tendrá por no puesta.

SEXTO.- DE LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD

Como consecuencia de la declaración de nulidad, y en aplicación del artículo 1.303 del Código Civil, procede la restitución íntegra e *in natura* 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 peticionada, se condene a la entidad bancaria a devolver a mi cliente las cantidades que se han cobrado en exceso durante la vida del préstamo.

Cierto que la **sentencia del Tribunal Supremo en sentencia de 9 de mayo de 2.013** ha señalado el carácter irretroactivo de la misma, pero debemos tener en cuenta que se trata del pronunciamiento dictado en un pleito en el que se sustanciaba, en el ejercicio de una acción colectiva, la acción de cesación, por lo que tal circunstancia no impide el que, en el ejercicio de una acción individual, como es nuestro caso, la declaración expresa de nulidad de la cláusula suelo genere la restitución con arreglo a las normas generales de la nulidad contractual. En el sentido expuesto, la SAP de Ciudad Real de 11 de julio de 2013, número 222/2013, rollo de apelación civil 20/13, ha precisado lo siguiente: *"Con respeto absoluto a dicha resolución y los motivos en aras de seguridad jurídica que ha llevado a limitar los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas, lo que resulta inadmisibile es que como pretende el actor, que este Tribunal declare que se tiene por no puestas las cláusula denominada suelo y no tenga ningún efecto dicha declaración, cuando a los demandados se les reclama el importe de unos intereses cuantificados conforme a dichas cláusulas declaradas nulas"*.

SÉPTIMO.- DE LOS INTERESES DEBIDOS

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

Y, por 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 demanda y, previos los trámites procesales legalmente establecidos, se dicte sentencia en la que:

1.- Se **declare la nulidad por abusiva** de la cláusula suelo, si figurase en la escritura de origen de la subrogación de ambos préstamos hipotecarios suscritos entre mis mandantes y la entidad demandada, manteniéndose en lo demás la vigencia del contrato.

2.- Se **declare la nulidad por abusiva** de la cláusula de revisión de tipo de interés mediante el índice de revisión “IRPH”, si figurase en la escritura de origen de la subrogación de ambos préstamos hipotecarios suscritos entre mis mandantes y la entidad demandada, sustituyendo dicho índice de revisión por el EURIBOR, manteniéndose en lo demás la vigencia del contrato.

3.- Se **condene** a la entidad BANKIA S.A. a restituir a los actores las cantidades que en concepto de interés se hayan abonado indebidamente y cobrado en exceso, en virtud de la/s estipulación/es impugnada/s, durante el periodo de vigencia del contrato de préstamo y cuyo importe definitivo tras la fase probatoria habrá de proporcionar la misma entidad financiera, por la diferencia entre el plan de amortización de ambos préstamos antes y después de las declaraciones

anteriores, confeccionando un nuevo plan de amortización, más los intereses legales.

4.- Todo ello, **con imposición, en caso de oposición, de las costas generadas a la parte demandada.**

OTROSÍ DIGO PRIMERO.- Que es interés de esta parte cumplir con todos los requisitos establecidos en la ley riuaria, al amparo del artículo 231 de la LEC.

SUPLICO AL JUZGADO que tenga a bien tener en cuenta dicha solicitud.

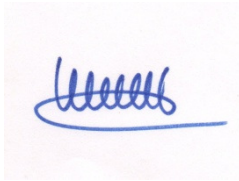
OTROSÍ DIGO SEGUNDO.- Al amparo del artículo **328.1 de la LEC**, es interés de esta parte que se requiera a la entidad demandada que aporte ANTES de contestar a la demanda, las escrituras de origen de la subrogación de las cuales esta parte solo conoce su numeración, tal y como se demuestra mediante el correo electrónico recibido por un trabajador de la entidad demandada, ahora en paradero desconocido por el cierre de la sucursal, que se adjunta como *documento nº 11*, en aplicación de lo dispuesto en el mismo **artículo 328 de la LEC, punto 2.**

SUPLICO AL JUZGADO que tenga a bien admitir a trámite dicha solicitud y actúe en sus méritos.

OTROSÍ DIGO TERCERO.- Solicito al Tribunal que al requerir a la entidad demandada la documental citada en el punto anterior, tenga a bien informarle de los efectos de la negativa a dicha exhibición recogidos en el **artículo 329 de la LEC.**

SUPLICO AL JUZGADO que tenga a bien admitir a trámite dicha solicitud y actúe en sus méritos.

Es justicia que respetuosamente se pide en *Barcelona, a 06 de marzo de 2014*



Mónica Revuelta Godoy

Abogada 31800 ICAB