**Nombre: Diego Merchán Escarcena.**

Caso práctico prueba de acceso.

Antes de comenzar la resolución del caso planteado, me gustaría agradecer la oportunidad brindada por el Tribunal de Admisión. La posibilidad de participar en este proceso, es sin duda, una experiencia novedosa, que mejorará mi formación y mis capacidades.

Una vez leída y analizada la documentación adjuntada al caso, responderé a las preguntas formuladas, con la mejor argumentación posible.

**En primer lugar**, se pide identificar a las partes que participan en este proceso. Por un lado, tenemos a la parte demandante o actora y por otro, a la parte demandada. En base a la L.O 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales. las identidades de las personas que son parte de este proceso, están debidamente ocultadas. No obstante, puedo identificar a la parte demandante como personas físicas, que suscribieron con la parte demandada un contrato de préstamo hipotecario, con fecha 30 de junio de 2010. Y puedo identificar a la parte demandada, como una empresa, que suscribió con la parte demandante un contrato de préstamo hipotecario, con fecha 30 de junio de 2010.

**En segundo lugar**, la identificación del supuesto de hecho. Es decir, ¿Cuál es el objeto de la controversia? ¿Qué es lo que motiva la interposición de la demanda? Considero que el supuesto de hecho, es la cláusula suelo (estas cláusulas son estipulaciones incorporadas en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable. Cuya finalidad es fijar unos topes mínimos en los intereses a pagar –actúa como un suelo-, impidiendo así al prestatario beneficiarse de las reducciones que sufra o que experimente el tipo de referencia), porque es el asunto sobre el que se pronuncia la sentencia objeto de estudio.

**En tercer lugar**, el objetivo. Para responder a esta pregunta, debo de dividir la cuestión. Por un lado, cual es el objetivo de la parte demandante y por otro, cual es el de la parte demandada. La parte demandante, tiene como objetivo, la declaración judicial de la nulidad de la cláusula suelo, y la reclamación de la cantidad económica. Mientras que, la parte demandada tiene como objetivo que el fallo judicial desestime la demanda y condene a la parte demandante en costas. Se profundizará más sobre esto en el punto quinto.

**En cuarto lugar**, la estrategia llevada a cabo por las partes.

La parte demandante alega que la entidad demandada redactó de forma unilateral el contrato sin dar alternativa negocial a la parte demandante, que la cláusula impugnada fue impuesta, sin información y sin transparencia (se dan las circunstancias establecidas por el la STS 9-5-2013, para llegar a la conclusión de que no es una cláusula transparente), y al no superar ese control de transparencia, cabe examinar el carácter abusivo de la misma, el cual, la parte demandante considera probado al vulnerar la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

La parte demandada, alega que no se ha producido esa falta de información, y que no concurre la falta de transparencia alegada por la parte demandante.

Me reservo entrar al fondo de los argumentos de las partes en los que basan estas alegaciones, para el punto nº6, donde si entraré a examinar los argumentos usados.

**En quinto lugar,** se hace referencia a las peticiones. ¿Qué piden las partes?

La parte demandante, pide:

1. La declaración de nulidad de la cláusula establecida en el folio X, conocida como cláusula suelo.
2. Que se condene a la demandada a restituir a la parte demandante la cantidad de 3.176,61 euros, más los intereses legales desde la fecha de cada pago, así como las cantidades cobradas en virtud de la aplicación de dicha cláusula durante la pendencia del presente procedimiento. Esta cuantía (3.176,81 euros) viene determinada por un informe que cuantifica la diferencia económica entre el montante de intereses realmente pagado por los actores a la demandada como consecuencia de la aplicación de la cláusula del tipo de interés mínimo y la cuantía que deberían haber pagado en concepto de intereses sin la aplicación de dicha cláusula (Informe del que se hablará en la parte relativa a la documental aportada, emitido por un Perito Economista).
3. Que se condene a la demandada a recalcular el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución, como si nunca hubiera estado incluida la cláusula en cuestión, rigiendo dicho cuadro en lo sucesivo hasta el final del préstamo.
4. Que se condene a la demandada al pago de las costas que deriven del presente procedimiento.

La parte demandada, pide:

1. Sentencia desestimatoria de la demanda, con imposición de costas a la parte actora.

**El sexto punto** a tratar, es el punto referente a la argumentación jurídica. Me explico, ¿Qué han expuesto las partes para el obtener un fallo que les reconozca sus pretensiones?

-En primer lugar, la parte demandante, considera que la cláusula objeto del proceso constituye una cláusula general de la contratación, debido a que cumple su ámbito tanto objetivo como subjetivo, que se encuentran regulados, respectivamente, en los artículos 1 y 2 de la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de contratación.

Considera también que es un cláusula esencial o definidora del contrato (se basa para esto en numerosa jurisprudencia citada en la demanda) y qué como tal se le debe realizar un control de incorporación y un doble control de transparencia. El control de incorporación en cuanto a su redacción, debe ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y validez, no quedando incorporadas al contrato aquellas que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración del contrato, ni las que sea ilegibles, ambiguas u oscuras en virtud de lo establecido en los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación. La parte razona que esta cláusula carece de la sencillez y la claridad necesaria, además de enmascararse la cláusula entre una gran cantidad de datos, para diluir la atención del consumidor. También expone que el examen de la cláusula por parte de los consumidores no fue posible porque la entidad bancaria no les facilitó ni folleto informativo ni oferta vinculante ni la copia del contrato de préstamo hipotecario al que se iban a subrogar. Por lo que argumenta, que no se cumpliría el control de incorporación antes mencionado. Y en lo referente al doble control de transparencia, la parte demandada argumenta que tampoco se ve cumplido puesto que se llega a la conclusión de que no es una cláusula transparente, puesto que falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo en aparente contraprestación… (Estas condiciones, son jurisprudencia del Tribunal Supremo en la STS 9/5/2013, apartado 225 del FJnº8)

Al no superar el control de transparencia, cabe examinar su carácter abusivo. Este carácter abusivo, se deriva de los artículos que se relacionan en la demanda, pero que de forma más “rápida” se basan en una vulneración de los preceptos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

La parte demandante, entiende que se da una cláusula abusiva, la cual, al tratarse de una condición general de la contratación, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación es totalmente nula.

Esta es la argumentación “a grandes rasgos” llevada a cabo por la parte demandante.

-En segundo lugar, la argumentación llevada a cabo, por la parte demandada.

La parte demanda, se opone a la demanda, en base a dos argumentos principales. Por un lado, en que no es cierta esa falta de información. Y, por otro lado, en que no concurre una falta de transparencia.

Respecto, a la falta de información, la parte demandada argumenta una contradicción en la demanda. Entiende que esta contradicción, se da porque la parte demandante alega que todas las cláusulas han sido predispuestas sin posibilidad de negociarlas (pudiendo únicamente aceptarlas o rechazarlas), para, a párrafo seguido, afirmar que desconocían las condiciones del contrato al que se iban a subrogar. Argumenta, también, que el “Iter negocial” viene determinado en la escritura de modificación de préstamo promotor de fecha 24 de junio de 2010, en su cláusula vigesimosexta. Además, establece como “prueba definitiva” de la disposición de la información, la advertencia que hace el Sr. Notario en la escritura de compraventa con subrogación, sobre la falta de inscripción registral de la misma (“Yo, el Notario, advierto expresamente…”). En base a estos argumentos, la parte demandada concluye que no existió falta de información en la formalización en la cláusula que ocupa el proceso.

En lo concerniente, a la falta de transparencia, mantiene que no tiene lugar. Estableciendo, que no se ha alegado ni probado por parte de los demandantes, que el comercial de la Entidad Financiera con el que negoció la escritura, le hubiera proporcionado antes de la firma de la escritura una información deficiente, incompleta o poco clara. Argumenta, también que no consta, ni lo ha alegado el demandante, que la entidad Financiera hubiera incumplido las exigencias reglamentarias de información impuestas por la O.M de 575/1994. La parte demandada, considera que al otorgar la escritura de compraventa con subrogación en fecha 30 de junio de 2010, el Notario se aseguró que los actores comprendían plenamente el alcance y efectos de la cláusula suelo. Además, de todo lo expuesto, consideran totalmente improcedente la reclamación de cantidad planteada de conformidad con lo dispuesto por el Tribunal Supremo (sin hacer referencia a en base a qué se hace esta afirmación).

**Punto séptimo.** Hace referencia a la normativa, es decir, a las referencias normativas alegadas.

La parte demandante, hace referencia y alega la normativa contenida en la LOPJ (86.ter.2d) para la competencia del Juzgado de lo Mercantil y en la LEC (52.1. 14º) para establecer el Juzgado del domicilio del demandante, se acude a la LEC (6,10, 23, 24, 253.3, 248 y 249.1.5) para las cuestiones relativas a capacidad y legitimación representación y defensa, cuantía y procedimiento. El fondeo de la cuestión, es decir, la planteada nulidad de la citada cláusula, se basa la normativa en la Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación para el fondo de la cuestión, la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, como en la forma prevista en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Redifundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios. También se acude al artículo 1303 del Código Civil para la retroactividad de la cláusula declarada nula.

La parte demandada, de acuerdo en cuanto, a jurisdicción, competencia y legitimación, acude a jurisprudencia citada en la demanda, que no lógicamente, no tiene carácter normativo, al no ser normas o leyes. No obstante, referencia el artículo 394 de la LEC, para las costas procesales, que entienden han de ser impuestas a la parte demandante.

**Punto octavo**. Documental aportado.

La parte demandante, ha aportado:

1. Documento nº1. Escritura suscrita entre los actores y la demandada.
2. Documento nº2. Requerimiento por escrito de una copia de la escritura de préstamo con fecha 18 de noviembre de 2013.
3. Documento nº3. Copia de la escritura de modificación de préstamo hipotecario.
4. Documento nº4. Informe, por parte de la Sra. Perito Economista, cuantificando la diferencia económica entre el montante de intereses realmente pagado por los actores a la demanda como consecuencia de la aplicación de la cláusula del tipo de interés mínimo y la cuantía que deberían haber pagado en concepto de intereses sin la aplicación de dicha cláusula, resultando una suma de 3.176,61 euros.

La parte demandada, no ha adjuntado documentos en la contestación a la demanda. No obstante, como se refiere, el punto octavo también a las pruebas aportadas, entiendo que los extractos o párrafos que se mencionan en la contestación, son parte de estos documentos aportados, ya que se les hace referencia como prueba. Entre ellos, el “párrafo subrayado del Sr. Notario en la escritura de compraventa con subrogación”, el párrafo nº3 de la página 4 de la contestación a la demanda, “el tipo de interés nominal aplicable…” perteneciente a la escritura de préstamo promotor. Y otros párrafos que tienen su origen en el momento de otorgar escritura de compraventa con subrogación, en fecha 30 de junio, estos párrafos recogen actuaciones del Notario, que la parte demandada considera como pruebas.

Quedo a expensas de cualquier respuesta, con disponibilidad para corregir cualquier error que ustedes consideren subsanable.

Reciba un cordial saludo,

Diego Merchán.