

**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 8
ZARAGOZA****SENTENCIA:**

CIUDAD DE LA JUSTICIA DE ZARAGOZA, PLAZA EXPO N 6, EDIFICIO VIDAL DE CANELLAS, PLANTA 3ª

Teléfono:

Fax: 976208567

N04390

N.I.G.: 50297 42 1 2013 0027837

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE, DEMANDANTE D/ña. VICENTE

Procurador/a Sr/a. EVA BRAVO RODRÍGUEZ

Abogado/a Sr/a. SERGIO NOGUES MARCO

DEMANDADO D/ña. UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS S.A.

Procurador/a Sr/a. CARMEN BARINGO GINER

Abogado/a Sr/a. ELENA VALERO GALAZ

SENTENCIA**JUEZ QUE LA DICTA:** MAGISTRADO-JUEZ REAL CLEMENTE.**Lugar:** ZARAGOZA.**Fecha:** dieciséis de Octubre de dos mil catorce.**Demandante:** VICENTE MONTORO SABATER, JOSEFA VICENTE BERNAT .**Abogado/a:** SERGIO NOGUES MARCO, SERGIO NOGUES MARCO .**Procurador/a:** EVA BRAVO RODRÍGUEZ.**Demandado:** UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS S.A..**Abogado/a:** ELENA VALERO GALAZ**Procurador/a:** CARMEN BARINGO GINER.**Procedimiento:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO (

En Zaragoza, a dieciséis de octubre de dos mil catorce.

Vistos por mí, Dª Mª TERESA REAL CLEMENTE, Magistrada Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número ocho de Zaragoza, los presentes autos de juicio ordinario que bajo el número 8/2014 siguen en este Juzgado a instancias de D. VICENTE MONTORO SABATER y JOSEFA VICENTE BERNAT,

representados por la Procuradora Dª EVA BRAVO RODRÍGUEZ, en nombre de los créditos inmobiliarios de UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS S.A.,

representada por la Procuradora Dª CARMEN BARINGO GINER y defendida por ELENA VALERO GALAZ,

ANTECEDENTES DE HECHO**Término 25.11.2014**

HAN APELADO? ES FIRME? PASAR CUENTA A

¿HAN APELADO? ES FIRME? PASAR CUENTA A

HAN APELADO? ES FIRME? PASAR CUENTA A

Mediante carta de 22 de octubre la demandada comunicó que el tipo de interés aplicable se elevaba a un 4,44% resultado de la adición de un tipo de interés de 3,94% más la suma de un margen de 0,50 puntos. Se acompaña como documentos nº 3 y 4 la carta y el último recibo abonado por los actores.

Como documento nº 5 se acompaña informe emitido por LONDON FINANCE&CONSULTING GROUP, que expresa la práctica llevada a cabo de forma conjunta por las entidades financieras en los últimos años que, al incrementar notablemente los diferenciales aplicados en los nuevos préstamos hipotecarios, provoca que los clientes a quienes se convenció que el índice de referencia de préstamos hipotecarios era más estable y seguro, haya visto mantenidos sus intereses a niveles cercanos al 4%, cuando el EURIBOR, que es el que refleja los tipos de interés del mercado interbancario europeo, se reducía hasta mínimos históricos.

Las entidades financieras y entre ellas la demandada se benefician doblemente, por un lado aumentando los diferenciales de los nuevos préstamos hipotecarios a más de tres años que conceden, obtienen un mayor beneficio, y por otro lado esta práctica paralela de las entidades hace que se mantengan elevados los intereses que deben pagar los prestatarios que tienen en su escritura un índice de referencia de préstamos hipotecarios, cuando el banco en el mercado interbancario está pagando un mínimo interés.

En consecuencia el Índice de Referencia de Cajas de Ahorro que aparece como índice de referencia principal en el préstamo hipotecario suscrito por los actores, y el índice de referencia de entidades que queda como sustitutivo legal, son índices que dependen de las decisiones de un grupo de bancos, (incluso podría ser aumentado por la decisión de sólo dos Bancos), son por tanto manipulables, y de hecho han sido manipulados por las entidades financieras, como se aprecia por los datos del Instituto Nacional de Estadística, sobre todo a partir de 2011, por lo que son índices que no pueden ser considerados objetivos y que no reflejan el coste de mercado, como exige la normativa sectorial.

Las entidades financieras españolas han incrementado notablemente los diferenciales de los nuevos préstamos que conceden y han establecido una práctica paralela entre todas las entidades lo que ha generado que a pesar de bajar notablemente el euribor, las entidades hayan mantenido elevados los índices que dependían de sus actuaciones paralelas, ya sea el IRPH Cajas, Bancos o Entidades pues según el INE el tipo de interés medio para las hipotecas constituidas sobre viviendas en julio de 2013 era el 4,40, mientras el euribor de ese mismo mes se situaba en el 0,52%.

SEGUNDO: La demandada opuso en primer lugar la caducidad. Se solicita la nulidad de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, firmada el 11 de octubre de 2006, es decir, hace más de 4 años, plazo que señala la ley para el ejercicio de la acción, (artículo 1.301 del Código Civil). No se está ejercitando en estos autos una acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento por lo que no sería de aplicación el plazo de caducidad de cuatro años, sin perjuicio de que si ese fuera el caso habría que estar al momento de la consumación del contrato. El Tribunal Supremo sobre el momento en que se produce la consumación de los contratos, declaró en Sentencia del 11 de junio de 2.003 que: "Dispone el Art. 1.301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el Art. 1.969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1.897 y 20 de febrero de 1.928)", y la sentencia de 27 de marzo de 1.989 precisa que "el Art. 1.301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr desde la consumación del contrato. Este momento

de la 'consumación' no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1.955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó". Y en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La sentencia de 24 de junio de 1.897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo". Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el Art. 1.301 del Código Civil. En nuestro caso se acordó el once de octubre de 2006 la devolución del préstamo mediante el pago de 252 cuotas de periodicidad mensual por lo que es evidente que la acción no estaría caducada.

TERCERO: La actora centra su denuncia de la infracción de la normativa bancaria. Considera que se infringe la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, vigente hasta el 29 de abril de 2012, que establecía en su artículo 6, apartado 2, que en el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades. Tal Orden Ministerial fue derogada por la Orden de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en cuya Sección 3ª "Tipos de interés" art. 26, "Tipos de Interés Variable" apartado 1, dice que en el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades... La ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de préstamo o crédito cuyo art 17.2 vuelve a reiterar que solo podrán utilizarse como índices o tipos de referencia aquellos que no sean susceptibles de influencia por la entidad financiera "en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras empresas o entidades".

Además se alega la vulneración de las normas de protección de los consumidores o usuarios (R.Decreto Legislativo 1/2007), y la vulneración de las normas de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Se denuncia la nulidad por falta de transparencia y abusividad de la cláusula que determina el índice de referencia. Se podría considerar la nulidad por la falta de transparencia, (en el caso de que se considere que tal cláusula forma parte del objeto principal del contrato) y en todo caso, por su carácter abusivo por cumplirse los requisitos exigidos legalmente para declarar abusiva dicha cláusula al tratarse de un contrato de adhesión producirse un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes y causar un perjuicio a los consumidores o usuarios.

Para la demandada hay que rechazar examinar el supuesto carácter abusivo de las cláusulas discutidas pues son una condición esencial del contrato sólo se puede realizar un control de inclusión y transparencia.

Se cumplen con todos los requisitos exigidos por la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, que regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía a los consumidores, y que dispone como requisitos esenciales para garantizar la observancia de los requisitos exigidos en la LCGC para la incorporación de las cláusulas relativas a los intereses, el folleto informativo, la oferta vinculante, el posible examen de la escritura pública durante tres días anteriores al otorgamiento y por último, la formalización del préstamo en escritura pública con las advertencias del Notario. El Tribunal Supremo concluye que, el cumplimiento de los requisitos establecidos en la OM es suficiente para superar el primer control de inclusión. En este caso se cumplen estrictamente las previsiones de la norma. Las cláusulas son claras, y hay información suficiente.

Superado el control de inclusión, el segundo filtro se refiere al control de transparencia, que también se cumple, puesto que los actores tenían información suficiente para conocer el producto contratado. La demandada cumplió con el plus de información exigido por el Tribunal Supremo, que permitió a los actores adoptar su decisión con conocimiento de causa, siendo real y plenamente conscientes de la carga económica que realmente suponía para ellos la operación y con los requisitos de incorporación al tratarse de una cláusula clara y comprensible, sin ambigüedades. Las cláusulas superan el control de transparencia, que afectan al precio del contrato como elemento esencial, claridad de redacción, resaltado en negrita, y a su ubicación, con la intención de captar el foco de atención del consumidor. Los demandantes pudieron entender, conocer y valorar de forma real y completa la carga económica que le suponía el préstamo. No cabe por tanto examinar si las mismas son abusivas.

La demandada informó a los prestatarios de las condiciones del préstamo y en dicha escritura se plasman las mismas explicadas y pactadas con los prestatarios. Como documento nº 2 se aporta la solicitud de estudio de préstamo firmada por los prestatarios, como documento nº 3 la oferta vinculante, como documentos 4 a 7 justificantes de entrega de folleto de tarifas de comisiones aplicables, declaración de compromiso y capacidad de pago y dos simulaciones informativas del cuadro de amortización teórico del préstamo hipotecario, la primera en el supuesto de reembolso de 290.000 euros en el 6º mes a contar de la firma de la escritura y la segunda en el supuesto de no haberse efectuado reembolso alguno, todos ellos firmados por los prestatarios. Se acredita la información previa facilitada al cliente y la completa descripción y transparencia de las cláusulas que se califican de abusivas.

CUARTO: De acuerdo con lo establecido en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 debemos determinar que la cláusula litigiosa, la que señala el tipo de interés de referencia para fijar el tipo de interés variable forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario y por tanto define el objeto principal del contrato, pero no porque el interés sea un elemento esencial del contrato en abstracto, puesto que en el préstamo no es esencial el precio, (en cuanto interés), ni siquiera en el préstamo mercantil (artículos 1.755 del Código Civil y 315 del Código de Comercio). Para el Tribunal Supremo de acuerdo con la Directiva 93/13 ello no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo, porque aunque respecto a las cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato y sobre las que como regla no cabe el control de su equilibrio, ello no supone que el sistema no las someta a un doble control de transparencia.

Primero al control de inclusión de las condiciones generales. Lo primero que ha de examinarse es si la información que se facilita y en los términos que se facilita, cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. Como indica el Tribunal Supremo en el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC, "la redacción de las cláusulas

generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”, 7 LCGC “no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales; a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato (...); b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles(...)”. Continúa diciendo el Tribunal Supremo que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del euribor. “

En nuestro caso la parte demandada aporta documentación de la información que le fue facilitada a los demandantes previamente a la formalización de la escritura, que coincide con la misma. Por otra parte el Notario debe controlar el cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente, por lo que en principio el adherente a esta cláusula ha tenido la oportunidad real de conocerla al tiempo de la incorporación de la misma al contrato. Se habría superado el primer control de inclusión de la cláusula al contrato.

En cuanto al control de transparencia el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato (...) siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible. El Tribunal Supremo entiende que la interpretación a contrario sensu de la norma transcrita es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se someten al control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible y que además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por la Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando se proyecta sobre 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”. Continúa el Tribunal que 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 y que como afirma el Informe de la Comisión 2000 “el principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa.” Concluye el tribunal que 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 y que 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.

Entre los parámetros que analiza la sentencia del Tribunal Supremo (para considerar no transparentes las cláusulas suelo) se encuentra la falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, que se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas, el hecho de que no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar y no hay información previa clara y comprensible

Término 25.11.2014

HAN APELADO? ES FIRME? PASAR

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.

Considera asimismo la sentencia que una cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describen o definen el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad- este control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato-. De forma correlativa la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor. La LCGC requiere que sean perjudiciales para el adherente y contrarias a la propia Ley o a cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, y que así lo dispone el artículo 8.1 LCGC, a cuyo tenor serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

El artículo 3.1 de la Directiva 93/13 dispone que “las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

Constituyen requisitos para considerar abusivas las cláusulas no negociadas los siguientes: a) que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada, b) que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato y que el desequilibrio perjudique al consumidor.

Conforme al artículo 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 concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa”.

Considera el Tribunal Supremo que para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa y para juzgar sobre el equilibrio de las condiciones incorporadas a contratos con consumidores hay que atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto de las cláusulas contractuales, y además que la finalidad de la normativa de consumo y la generalidad de sus términos imponen entender que el equilibrio de derechos y obligaciones es el que deriva del conjunto de derechos y obligaciones, con independencia de que el empresario haya cumplido o no con la totalidad de las prestaciones. El desequilibrio puede manifestarse en la propia oferta desequilibrada, en la fase genética o en la ejecución del contrato, o en ambos momentos. El Tribunal Supremo establece con total claridad que una cláusula sea clara y comprensible no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describan o definen el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad- este control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato.- De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas.

Ni la Directiva ni la norma española contiene especiales precisiones de qué debe entenderse por desequilibrio importante contrario a la buena fe, por lo que, atendida la finalidad de las condiciones generales- su incorporación a pluralidad de contratos con consumidores y de su control abstracto, no es posible limitarla a la esfera subjetiva. Es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Máxime tratándose de préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto. En este sentido apunta la ya citada STJUE de 14 de marzo de 2013, Aziz, que, al tratar el desequilibrio contrario a la buena fe, en el apartado 68 afirma que "(...) tal como la Abogado General indicó en el punto 71 de sus conclusiones, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un "desequilibrio importante" entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho Nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido (...), y en el apartado 69 que " en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio "pese a las exigencias de la buena fe", debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia el Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual:"

Al tratar de la licitud de las cláusulas suelo el Tribunal Supremo entiende que corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta.

El artículo 10 de la Ley 26/1984 General para la Defensa de Consumidores y Usuarios señala que serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual será ineficaz el contrato mismo.

La previsión de la norma nacional concordaba con lo previsto en la Directiva 93/13 cuyo vigésimo primer considerando indica que "los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia y que en el artículo 6.1 dispone que los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor (...) las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas". Por otra parte es improcedente integrar el contrato con consumidores en caso de nulidad parcial. La posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, apartado 73 que señaló que "(...) el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se pone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva".

Sobre la subsistencia de los contratos, el Tribunal considera que las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato, pero no cabe identificar "objeto principal" con "elemento esencial", y el tratamiento dado a las cláusulas suelo es determinante que no forme "parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa", partiendo de lo expuesto, la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia.

QUINTO: En nuestro caso no se entiende que la cláusula litigiosa deba ser declarada nula por infracción de la normativa bancaria. De hecho el índice de referencia citado ha venido siendo publicado reiteradamente y su propia definición se contiene además claramente en la oferta vinculante que se realiza a los demandantes aportada por la demandada y posteriormente en la escritura pública. Así el tipo de interés de referencia será el "Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de las Cajas de Ahorro" publicado mensualmente por el Banco de España en el Boletín Oficial del Estado como referencia oficial. Dicha referencia aparece definida en el Anexo VIII, apartado 2 de la Circular del Banco de España 5/1994, de 22 de julio, (BOE del 3 de Agosto de 1994).

Después se indica que en caso de que desapareciera el tipo de interés de referencia se aplicarían las siguientes referencias sustitutivas: En primer lugar, el "Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre, concedidos por el Conjunto de Entidades", publicada mensualmente por el Banco de España en el Boletín Oficial del Estado; dicha referencia es la definida en el Anexo VIII, apartado 3 de la Circular del Banco de España 5/1994, de 22 de julio, (BOE del 3 de agosto de 1994) y se tomaría la de dos meses antes del mes de revisión del tipo.

Si acudimos a dicha circular se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de créditos hipotecario. Dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalente declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de bancos, cajas de ahorro y sociedades de crédito hipotecarios.

El índice aplicado es legal y por otra parte ya se desprende de su definición lo que es el índice, un tipo medio del interés a que se conceden los préstamos hipotecarios por un conjunto amplísimo de entidades. El hecho de que el Euribor, (otro índice que se utiliza habitualmente), haya bajado y éste se haya mantenido estable en unos niveles más elevado por haberse incrementado el diferencial sobre los tipos, no lleva a considerar que el pactado esté conculcando norma alguna. Difícilmente la demandada podrá manipular este índice dado que en el mismo intervienen prácticamente todas las entidades que conceden préstamos hipotecarios. Y en cuanto a su manipulación en abstracto, el euribor que para los actores parece es el que debería haberse pactado, (obviamente debido a su evolución favorable para los intereses de los prestatarios), partiendo de que los demandantes están de acuerdo en que se pactaba un préstamo a interés variable, también es un índice de referencia que indica el tipo de interés promedio al que las entidades financieras se ofrecen a prestar dinero en el mercado interbancario del euro a otros bancos, y se fija usando datos que proporcionan un conjunto de Bancos, por tanto, la posibilidad de manipular dicho índice por las entidades bancarias sería la misma que se denuncia por la parte actora, (de hecho es de común conocimiento que han existido denuncias sobre la manipulación de dicho índice por alguna entidad bancaria y acabó con imposición de multas por parte de la Comisión Europea, lo que no se acredita que haya ocurrido con el índice que aquí estudiamos, de hecho en el propio informe pericial aportado por la parte actora se hace referencia a estas sospechas).

Conforme a lo anteriormente expuesto en relación a la sentencia del pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 debemos entender que la cláusula denunciada sí constituye una cláusula que describe y define el objeto principal del contrato, (pues en base a la misma se fija el precio independientemente de que el interés no sea un elemento esencial del préstamo) y que por tanto no puede examinarse como regla general la abusividad de su contenido, si bien sí se le puede someter al doble control de transparencia, control que se realiza en abstracto. En nuestro caso como señala el Tribunal Supremo la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses variables.

El artículo 7 de la LCGC establece que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales "que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración del contrato..." así como "las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles..." En este control de transparencia debemos señalar que la cláusula citada nos parece en su redacción clara y comprensible. Un consumidor medio tiene la posibilidad real de conocer y comprender el significado de la citada cláusula. Se limita a señalar un índice de referencia cuya definición está contenida en una circular del Banco de España publicada en el Boletín Oficial del Estado. Para un consumidor medio resulta asimismo claro que el citado índice de referencia forma parte del objeto principal del contrato, en cuanto incide en el contenido de su obligación de pago. Al haber superado el control de transparencia impide que podamos entrar en la abusividad de la cláusula, si bien tampoco entendemos que la misma sea desequilibrada en perjuicio del consumidor.

Por otra parte debemos señalar que en el caso de que se hubiera considerado nula la cláusula, las consecuencias de la nulidad no serían ninguna de las pretendidas por la parte en su demanda. No se podría integrar el contrato obligando a las partes a asumir como índice de referencia el Euribor que no se pactó entre ellas en el contrato como cláusula sustitutiva en caso de imposibilidad de aplicar la denunciada. Y tampoco podría optarse por considerar que el préstamo pasaba a ser gratuito, como se pretende, pues esto rompería el equilibrio de las prestaciones, pues la entidad demandada concede el préstamo para obtener un beneficio consistente en un interés remuneratorio variable pactado por las partes, como indica el Tribunal Supremo sería "parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa" por lo que el resultado sería el que establece nuestra legislación, que el contrato pasaría a ser nulo y que ambas partes deberían devolverse todo lo percibido, es decir la entidad demandada devolvería el principal ya devuelto, los intereses remuneratorios y demás cantidades que hubiera podido recibir de los demandantes en virtud del préstamo y los actores deberían devolver la totalidad del préstamo obtenido, los 460.000 euros, lo que no parece que sea su intención al interponer esta demanda.

SEXTO: Aunque se ha desestimado la demanda no se van a imponer las costas, dado que se entiende que la materia es novedosa, lo que conlleva a dudas de derecho, (se aportan resoluciones judiciales que aportan respuestas diferentes a las cuestiones controvertidas), (art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación al caso.

FALLO

