



cantidad amortizada, también en euros, en concepto de principal e intereses, subsistiendo el préstamo hipotecario en los contenidos no afectados por la nulidad, siendo aplicable desde la fecha de suscripción el tipo de LIBOR más el 0,75% de diferencial, soportando la demandada los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

2.- Subsidiariamente, para el caso de que se estime que el contrato no puede subsistir sin las cláusulas multidivisa, la nulidad total del contrato, condenando a la entidad demandada a otorgar un préstamo hipotecario tradicional en euros, con un tipo de interés equivalente al Euribor más 0,75 puntos.

3.- También de forma subsidiaria sobre las peticiones anteriores, la declaración de resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones de diligencia y buena fe de la entidad bancaria demandada, en su parte referida al derivado financiero, condenando a dicha entidad a indemnizar, en concepto de daños y perjuicios, la pérdida patrimonial sufrida sobre los criterios establecidos en la prueba pericial aportada con la demanda, o sobre los previstos en la escritura de préstamo para la amortización anticipada, y por último, la condonación de parte de la deuda pendiente de pago en aplicación de la cláusula rebus sic stantibus.

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

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la referida demanda, se emplazó a la parte demandada para que en veinte días compareciera en autos y la contestase, bajo apercibimiento de rebeldía, lo que vino verificado en legal forma. Seguidamente se convocó a las partes al acto de audiencia previa, que se ha celebrado con su asistencia en fecha 10 de diciembre de 2015, ratificando por su orden sus respectivas posiciones e interesando el recibimiento del pleito a prueba, proponiéndose los medios de prueba de que intentaban valerse, lo que vino proveído en el acto por el Juzgador con el resultado que quedó registrado en el soporte audiovisual pertinente, señalándose seguidamente para que se celebrara el acto de juicio la audiencia del día 2 de febrero de 2016, en que ha tenido lugar.

TERCERO.- Que practicados los medios probatorios que propuestos habían venido admitidos como pertinentes y útiles, con el resultado que consta en las actuaciones, quedaron los autos conclusos para sentencia en fecha 2 de febrero de 2016.

CUARTO.- Que en la sustanciación de este procedimiento se han observado las formalidades legales pertinentes.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por D. xxx se ejercita la acción individual de nulidad de las condiciones que aparecen en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria a tipo de interés variable por la que se establece un mecanismo de opción multidivisa referenciado al índice LIBOR, en la consideración de que se trata de una cláusula general abusiva, por contraria a la buena fe y por causar en perjuicio de los consumidores un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, con invocación de los artículos 1 de la LCGC de 13/4/1998, art 3 y 82 TRLGCU del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (anteriores arts. 10 y art 10 bis LGDCU de 19 de julio de 1984).

Frente a ello la aquí demandada, sucesora de la entidad BARCLAYS BANK S.A., de forma extractada se opone por los siguientes motivos: a) no tratarse de una condición general de contratación, al no haber sido predispuesta ni impuesta ni destinada a incorporarse a una generalidad de contratos sino que se ha negociado individualmente; b) que la cláusula es una de las condiciones financieras que determinan el precio, formando parte de uno de los elementos esenciales del contrato sobre los que no cabe someterla a control de abusividad y c) no ser abusiva, por no comportar ruptura del equilibrio negocial ni falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes.

Se ha planteado en primer término por la parte demandada en su escrito de contestación a la demanda, la virtualidad del supuesto de excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, con fundamento en la consideración al efecto desarrollada. Tal supuesto mereció la consideración pertinente en el acto de la audiencia previa ex artículos 416 y siguientes de la LEC, viniendo desestimado.

Procede atender la resolución de la diatriba suscitada atendiendo también a la aplicación de oficio del control de transparencia, según las pautas establecidas por la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que siguiendo la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 14 de junio de 2012, c. BANESTO) viene a moldear los efectos de los principios dispositivo y de congruencia que definen el proceso declarativo civil en los casos de condiciones generales respecto de consumidores, y de ahí el traslado conferido a las partes a fin de no generar indefensión a las partes con pronunciamientos de nulidad de oficio sin audiencia (apartado 126 y 127 de la STS de 9 de mayo de 2013).

SEGUNDO.- En el caso presente la cláusula cuestionada es la 1.C por virtud de la cual el préstamo podría quedar representado en cada uno de los periodos de mantenimiento de moneda e interés, en cualquiera de las monedas, a saber, dólar USA, yen japones, franco suizo, libra esterlina y euro, en tanto vengán negociadas en el mercado de divisas de Madrid, a solicitud del prestatario y con sujeción a las condiciones pactadas en el contrato.

La realidad de las cosas, es que el préstamo, convenido inicialmente en euros por referencia al índice interbancario del mercado de Londres, LIBOR, ha venido después referenciado de manera sucesiva en yenes y en francos suizos, habiéndose dado la circunstancia de que en cada caso las referidas divisas extranjeras se han apreciado de manera importante respecto del euro, de suerte que el cliente había de invertir cada vez más saldo dinerario en euros para adquirir la misma fracción en moneda extranjera. La realidad es que a día de hoy, y no obstante la importante amortización atendida, adeuda más capital que al inicio de la vida del préstamo.

TERCERO.- Debe comenzarse por analizar si nos encontramos, o no, ante una condición general de la contratación.

La contratación por medio de condiciones generales aparece como un fenómeno inevitable de la economía moderna en cuanto que esencialmente vinculado a la contratación en masa, siendo la respuesta racional de la empresa ante esta actividad contractual masificada. En nuestro Ordenamiento Jurídico es la Ley 7/1998, de 13 abril, la que define y establece su régimen jurídico, y que verificó la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores,

siendo la opción elegida la de incorporar dicha Directiva citada mediante una Ley reguladora de las Condiciones Generales de la Contratación de ámbito no limitado a los consumidores y al mismo tiempo, a través de su Disposición Adicional Primera, modificar el marco jurídico preexistente de protección al consumidor, constituido por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que fue derogado por la legislación vigente al tiempo de celebrarse el contrato, esto es, el actual Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

El artículo 1 de la LCGC da una concepto auténtico al decir que "*Son 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*".

Son tres notas caracterizadoras del concepto legal:

(a) predisposición: se han de tratar de cláusulas ya preparadas previamente, por una parte (predisponente, aquí, sería la entidad financiera) para ser utilizadas en la contratación propia de su actividad empresarial (Art. 2) (aquí, como prestamista);

(b) imposición: la otra parte contractual (el adherente) solamente puede adherirse a ella, es decir, el actor, solo puede asumirla o aceptarla si quiere contratar el préstamo. La imposición se conecta con la ausencia de negociación individual, como se deduce del artículo 3 de la Directiva citada, según el cual "*Se 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*", aclarando el art 1.2 de la Ley española que "*El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.*"

(c) generalidad: la cláusula está destinada a incorporarse a una pluralidad de contratos, pues no se impone a un contrato (aquí, de préstamo) determinado sino que va dirigida a la generalidad de contratos (aquí, de préstamos) en los que concurra el mismo supuesto.

Pues bien, a la hora de apreciar si concurren, o no, estos requisitos, debe tenerse en consideración que en los contratos con consumidores (como es el caso, no controvertido) es carga del profesional-empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, la carga de la prueba (precedente art 10 bis de la Ley 26/1984, actual art 82.2.II del RD Legislativo 1/2007).

En el caso que nos ocupa, debe hacerse constar que:

- Nada se dice ni se prueba de que se trate de una cláusula ya preparada previamente por el Banco, y no resulta plausible -atendida la realidad social de esta contratación tan elaborada- mantener que su redacción la realizó el consumidor
- En segundo lugar, no desaparecería la nota de generalidad por el dato de que haya contratos de préstamos con garantía hipotecaria del Banco en los que no se contenga, pues esa

característica no significa que deba aparecer en todos los contratos (universalidad), sino que se incorpore a una pluralidad indeterminada de contratos; y que ello es así en la práctica bancaria (y por consiguiente también de la demandada), es notorio.

- En tercer lugar, y en cuanto a la imposición, que es donde se centra la demandada, cabe indicar:

i) que la observancia de buenos usos y prácticas bancarias no significa que por ello se perjudique su eventual cualidad de condición general, pues sí lo será si reúne los requisitos del art 1. Dicha normativa va destinada a garantizar el conocimiento de determinadas condiciones en la contratación bancaria, pero su observancia no implica que sea fruto de negociación individual (así, STS de 2 de marzo de 2011).

ii) El Juzgado de lo Mercantil num. 1 de Alicante, en su Sentencia de 21 de febrero de 2012, ante cláusulas de este tipo, mantuvo que el que se trate de una cláusula definitoria de uno de los elementos esenciales del contrato (cual es el precio) no significa su exclusión del concepto de condición general de la contratación. Cuestión distinta es el alcance de control.

CUARTO.- Se sostiene por la demandada que en ningún caso podría aducirse supuesto de abusividad, en cuanto que:

(a) se considera que la cláusula es una de las condiciones financieras que determinan el precio, formando parte de uno de los elementos esenciales del contrato sobre los que no cabe someterla a dicho control de abusividad

(b) no es abusiva, por no comportar ruptura del equilibrio negocial ni falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes.

Pues bien, la cláusula controvertida insertada en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria analizada aisladamente puede superar sin demasiada dificultad el control de incorporación, pero por el contrario aparece claro que no puede superar el exigente test de transparencia que impone la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, no siendo razonable sostener que la actora comprendiera la dimensión jurídica y económica del contrato de préstamo multdivisa, y en particular, respecto de la cláusula controvertida su sentido y relevancia durante toda la vida de aquél. Y es que cabe razonablemente entender que el cliente, buscando la mejor cuota mensual posible, pudo verse cegado por la oferta realizada de que resultaba una cuota muy óptima en aquél momento (año 2008) en relación a los préstamos con garantía hipotecaria a tipo variable referenciados a Euribor, considerando además el cambio de divisa. Lo que no se planteó razonablemente es que no obstante las importantes amortizaciones atendidas por importe superior a 198.000.- euros, es deudor de más capital que al inicio de la vida del préstamo. El tenor del informe pericial es rotundo y demoledor en este sentido. Y ello ha sido así esencialmente no ya por el índice de referencia LIBOR sino esencialmente por el cambio de escenario de las valoraciones de las divisas, no apareciendo desde luego que los actores sean unos expertos en esta materia.

En definitiva, hay que predicar la nulidad de la cláusula litigiosa, por falta de transparencia con arreglo a los parámetros comentados, procediendo por ende la integración del contrato de suerte que éste deba entenderse referenciado en EUROS en todo caso, debiendo rehacer la entidad financiera el cuadro de amortización, considerando todas las amortizaciones verificadas por el cliente desde el inicio del contrato, en EUROS, y calculando por ende el capital pendiente, en EUROS, al que desde luego se aplicará el tipo de interés variable pactado

en los terminos del indice LIBOR mas 0,75 puntos.

Ello implica una estimacion plena de la demanda inicial rectora de las actuaciones.

QUINTO.- Que las costas procesales causadas deben venir impuestas a la parte demandada que resulta vencida, de conformidad con lo prevenido en el vigente articulo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos indicados y demás de general y pertinente aplicación al caso enjuiciado.

### FALLO

Que estimando como estimo la demanda interpuesta por el Procurador Sra. Serna Nieva en la representación que ostenta de sus mandantes D. xx contra la entidad CAIXABANK S.A. se efectuan los siguientes pronunciamientos:

- 1.- Se declara, a todos los efectos procedentes en Derecho, la nulidad dela clausula financiera 1 letra c) (folio 9 vuelto, 10 y 11) de la escritura de 10 de junio de 2008 por la que se establece la modalidad de multimonedada.
- 2.- En su virtud, se condena a la entidad CAIXABANK S.A. a estar y pasar por la anterior declaración, así como a la eliminación a su costa de la citada cláusula, procediendo por ende la integracion del contrato de suerte que éste deba entenderse referenciado en EUROS en todo caso, debiendo rehacer la entidad financiera el cuadro de amortizacion, considerando todas las amortizaciones verificadas por el cliente desde el inicio del contrato, en EUROS, y calculando por ende el capital pendiente, en EUROS, al que desde luego se aplicará el tipo de interes variable pactado en los terminos del indice LIBOR mas 0,75 puntos.
- 3.- Todo ello con imposicion de las costas procesales a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que frente a la misma cabe recurso de apelación para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, que deberá interponerse en el plazo de veinte dias, con observancia del deposito y la tasa correspondientes.

Así, por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.  
E/.

PUBLICACION.- La anterior sentencia ha sido dictada y firmada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe estando celebrando audiencia publica en el dia de su fecha. Doy fe.

