

Roj: SAP IB 696/2011  
Id Cendoj: 07040370042011100159  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Palma de Mallorca  
Sección: 4  
Nº de Recurso: 387/2010  
Nº de Resolución: 122/2011  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: JUANA MARIA GELABERT FERRAGUT  
Tipo de Resolución: Sentencia

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

**PALMA DE MALLORCA**

**SENTENCIA: 00122/2011**

**AUDIENCIA PROVINCIAL-SECCION CUARTA**

**PALMA DE MALLORCA**

Rollo: RECURSO DE APELACION Nº 387/2010

Ilmos/as. Sres/as.:

**PRESIDENTE**

Dª. MARIA DEL PILAR FERNANDEZ ALONSO

**MAGISTRADOS**

D. MIGEL ALVARO ARTOLA FERNANDEZ

Dª. JUANA MARIA GELABERT FERRAGUT

**S E N T E N C I A nº 122/2011**

En PALMA DE MALLORCA, a cinco de Abril de dos mil once.

**VISTOS** en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial los autos del **JUICIO ORDINARIO nº 600/09**, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Palma de Mallorca, a los que ha correspondido el **ROLLO nº 387/10**, en los que aparece como parte *demandada-apelante*, a la entidad **BANCO DE VALENCIA S.A.**, representada por el Procurador **D. FRANCISCO ARBONA CASASNOVAS**, asistida del Letrado D. JUAN CARLOS AÑON CALVETE, y como *actores-apelados* a Dª. Graciela y D. Juan Ignacio, representados por el Procurador **D. SANTIAGO BARBER CARDONA**, asistidos del Letrado D. CARLOS MANUEL HERNANDEZ GUARCH.

**ES PONENTE** la Ilma. Sra. Magistrada Dª. JUANA MARIA GELABERT FERRAGUT .

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la Ilma. Magistrada- Juez del Juzgado de Primera Instancia antedicho en el encabezamiento del presente, se dictó SENTENCIA de fecha 16 de Abril de 2010, cuya parte dispositiva dice:

*"ESTIMO INTEGRAMENTE LA DEMANDA presentada por el procurador de los tribunales don Santiago Barber Cardona, en nombre y representación de doña Graciela y don Juan Ignacio, contra la entidad BANCO DE VALENCIA S.A., y en consecuencia:*

*1º Condeno a la entidad demandada a devolver a los actores las cantidades percibidas en exceso en cada una de las cuotas devengadas con motivo de la segunda, tercera y cuarta disposiciones del préstamo suscrito por las partes, cantidades que devengarán un interés anual equivalente al interés legal del dinero desde el día 5 de junio de 2007 o desde que se devengaron si son posteriores a dicha fecha, hasta la fecha de la presente resolución, momento a partir del cual devengará el interés legal del incremento en dos puntos.*

*2º Condeno a la entidad demandada a abonar a los actores la cantidad de 2.320 euros.*

3º Condeno a la entidad demandada a recalcular las cuotas de amortización pendientes de pago a partir de la fecha en la que la sentencia estimatoria fuera ejecutada considerando que la cantidad concedida total era la de 125.137.000 yenes y que por tanto la segunda, tercera y cuarta disposición las cantidades debidas en el momento en que se llevaron a cabo cada una de las disposiciones fueron:

2ª disposición: 01/06/2007: 39.749.400.

3ª disposición: 31/01/2008: 35.266.551.

4ª disposición: 05/07/2008: 13.316014.

4º Condeno a la entidad demandada al pago de las costas procesales causadas".

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso por la representación de la parte DEMANDADA recurso de apelación, que fue admitido, y, seguido éste por sus trámites, sin que ninguna de las partes interesare el recibimiento del pleito a prueba, quedaron las actuaciones pendientes de votación y fallo, cuando por el turno establecido les correspondiere.

**TERCERO.-** El presente correspondió a esta Sección Cuarta en virtud de reparto efectuado por la oficina correspondiente.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a los que siguen.

**PRIMERO.-** Conforme se indica en el primer Fundamento de Derecho de la sentencia recaída en el primer grado jurisdiccional, el procedimiento del que dimana el presente Rollo se inició en virtud de demanda formulada por D<sup>a</sup>. Graciela y D. Juan Ignacio , contra el Banco de Valencia S.A., alegando dichos actores en la referida demanda que, en fecha 19 de junio de 2006, formalizaron un préstamo hipotecario, tratándose de un préstamo autopromoción con cláusula multidivisa con una primera disposición de 250.000 euros y las sucesivas según certificaciones de obra, y que el Banco de Valencia ha llevado a cabo una imaginativa aplicación del contrato respecto de las posteriores disposiciones, al aplicar el contravalor del yen en el momento de la disposición y no el tipo de cambio pactado en el contrato, y ello cuando en el contrato quedaron fijadas tanto la cantidad en euros como la cantidad en yenes, alternativa elegida por los ahora actores porque así eliminaban el riesgo de la evolución de las divisas durante el periodo que mediaba entre la formalización del préstamo y la total disposición del crédito, evitando, con ello que por una evolución desfavorable no se tuviera dinero suficiente para poder llevar a cabo los pagos a los profesionales que intervenían en la construcción de la vivienda.

Por su parte, la entidad demandada se opone a dicha demanda, alegando que no es cierto que el préstamo se concediera por importe de 850.000 euros sino que se concedió por importe de 125.137.000 yenes japoneses al tipo de cambio de 147,22; y que, en modo alguno, quedó establecido en la escritura de préstamo hipotecario que el referido tipo de cambio 147,22 fuera el tipo de cambio que se utilizaría para calcular el contravalor en euros de cada disposición, por lo que cada vez que se ha producido una disposición en yenes su contravalor, como resulta procedente, se ha determinado en función del cambio del día de la misma.

**SEGUNDO.-** La sentencia recaída en el primer grado jurisdiccional estimó íntegramente la demanda, en los términos transcritos en el primer antecedente de hecho de la presente resolución.

Para tal estimación, la Juez "a quo" razona en el Fundamento de Derecho segundo de la sentencia de instancia, referida a la interpretación del contrato de préstamo hipotecario, que, en el presente caso, los términos del contrato son claros por lo que hay que estar al tenor literal de sus cláusulas y así en la *cláusula primera* de la Escritura Pública de préstamo hipotecario se establece que los actores han recibido de la entidad demandada la cantidad de 850.000 euros (siendo aquí donde la parte actora reconoce que hay un error de transcripción en cuanto que tendría que haberse recogido la cantidad en yenes japoneses), cantidad que se abona en el momento de la firma de la Escritura Pública en una cuenta titularidad de los prestatarios por el contravalor de 850.000 euros al tipo de cambio de 147,22 JPY que ambas partes pactan y aceptan, y ello sin perjuicio de que la parte prestataria, al tener el préstamo como finalidad financiar la construcción de una vivienda, en el momento de la firma del contrato únicamente dispusiera de la cantidad de 250.000 euros de los 850.000 euros prestados, condicionando las posteriores disposiciones del dinero prestado a la entrega de las certificaciones de obra, no habiéndose pactado en el contrato de préstamo que a estas posteriores disposiciones se les aplicaría el tipo de cambio de la fecha de la disposición, en cuanto que la cantidad prestada en yenes por su contravalor en euros estaba ya abonada a los prestatarios mediante su ingreso en una cuenta titularidad de los actores, de modo que el tipo de cambio aplicable a la totalidad de la cantidad prestada se

fijó desde el principio en el contrato de préstamo, condicionándose únicamente la entrega a la presentación de las certificaciones de obra, y sin que ello suponga la eliminación del riesgo propio del tipo de operación realizada, hipoteca multdivisa, en cuanto a que lo que se eliminó fue el riesgo de fluctuación de la divisa durante el periodo que durara la construcción de la obra y se fuera disponiendo de la cantidad prestada, pero evidentemente seguían asumiendo el riesgo de fluctuación de la divisa, insito en este tipo de operación, en cada uno de los pagos a realizar para la devolución del préstamo, en cuanto que el préstamo había que devolverlo en yenes japoneses.

En consecuencia, coinciden ambas partes que el préstamo se concedió en yenes japoneses, en concreto la cantidad de 125.137.000 yenes japoneses al tipo de cambio de 147,22, tal como reconoce la parte demandada en su escrito de contestación a la demanda, folio 7, lo que supone 850.000 euros, de modo que la cantidad tanto en yenes como en euros como el tipo de cambio quedaron fijadas en el contrato, estando únicamente condicionada la entrega del dinero prestado a la presentación de las certificaciones de obra, de modo que la parte demandada al aplicar un tipo de cambio no pactado en el contrato a las sucesivas disposiciones y en consecuencia al fijar las cuotas de devolución del préstamo no se ha ajustado al contrato de préstamo celebrado con los actores.

Procede por tanto estimar la pretensión de la parte actora y en consecuencia declarar la obligación de la parte demandada de devolver las cantidades indebidamente percibidas así como la cantidad de 2.320 euros en concepto de importe facturado por la entidad AUSBANC para efectuar la reclamación al Servicio de Reclamaciones del Banco de España en cuanto que tal actuación estuvo motivada por la pretensión de que la parte demandada pudiera reconocer que la actuación realizada no era correcta, tal como ha establecido nuestra Audiencia Provincial, Sección 4ª, en la sentencia de fecha 29 de septiembre de 2006 citada por la parte actora, máxime cuando en el caso de autos el Servicio de Reclamaciones del Banco de España concluye afirmando que el banco reclamado no se ha ajustado en su actuar a los principios de claridad y transparencia que deben regir la relación con su clientela así como que la entidad reclamada se apartó de las buenas prácticas financieras, al no facilitar a su cliente una información adecuada sobre las características del préstamo en divisas contratado, evitando estipulaciones susceptibles de admitir interpretaciones diferentes.

**TERCERO.-** La entidad demandada se alzó contra la referida sentencia y solicitó la revocación de la misma y que se dictara otra, en su lugar, en la que se desestimara íntegramente la demanda.

Dicha parte apelante combate la sentencia de instancia en base a las alegaciones siguientes: Que en el Fundamento de Derecho segundo de la referida sentencia se manifiesta que los términos del contrato son claros, lo cual no es así, ya que la determinación del tipo de cambio para las sucesivas disposiciones del préstamo no está perfectamente determinado.

El hecho de que la estipulación primera de la escritura, párrafo segundo se indique: "... al tipo de cambio 147,22 JPY que ambas partes pactan y aceptan" no puede establecerse, como se ha resuelto, que ese pacto era para todas las disposiciones del préstamo, pues de la dicción literal del contrato no se desprende ese pacto, y quizás tampoco el contrario, por lo que debe acudir a la interpretación del contrato en su totalidad, y no de forma aislada. Y de una interpretación integradora, una cláusula por otra, de la escritura pública debe concluirse todo lo contrario de lo resuelto en la sentencia de instancia.

**CUARTO.-** En la *cláusula primera* de la escritura de préstamo hipotecario objeto del procedimiento del que dimana el presente Rollo se pactó lo siguiente: "Primera.- Concesión del préstamo: Importe y forma de entrega:

a) Concesión del préstamo.- Don Juan Ignacio y Doña Graciela , en adelante la parte prestataria y que intervienen con carácter solidario en relación con las obligaciones de la presente escritura, han recibido de Banco de Valencia, S.A. en concepto de préstamo la cantidad de ochocientos cincuenta mil euros (# 850.000).

La cantidad antes expresada se abona en el momento de la firma del presente documento en la cuenta que la parte prestataria mantiene abierta en Banco de Valencia, S.A., Sucursal 1200 de Palma mediante abono en la cuenta NUM000 denominada en Euros por un contravalor de ochocientos cincuenta mil euros (# 850.000), al tipo de cambio 147,22 JPY que ambas partes pactan y aceptan.

La obligación de la parte prestataria, y por lo tanto el endeudamiento que contrae mediante este préstamo lo es por el importe y clase de moneda antes expresado, salvo en los casos en que haga uso de la cláusula multdivisa que más adelante se dirá.

b) Forma de Disposición del préstamo.- La finalidad del presente préstamo es financiar la construcción que la parte prestataria está llevando a cabo en la finca sobre la que se constituirá garantía hipotecaria, y en el momento de la firma de la presente escritura, la parte prestataria reconoce haber dispuesto de la cantidad

de doscientos cincuenta mil euros (# 250.000) que al cambio convenido son 36.805.000,00 JPY, cantidad que ha quedado ingresada en la cuenta corriente nº NUM000 que mantiene en la Sucursal 1200 de Palma de Mallorca.

El resto del importe del préstamo se dispondrá por la parte prestataria durante el periodo de carencia que más adelante se establece, y una vez cumplida la condición anterior referida a la inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad.

La parte prestataria sólo podrá disponer de este resto del importe del préstamo, durante el periodo de carencia, contra entrega de certificaciones de obra expedidas por el Técnico Director.

Dichas certificaciones acreditarán las obras que se hayan ejecutado según las fases de construcción sucesivas, pudiendo el Banco comprobar y revisar la realidad de las obras certificadas, mediante Técnico o Tasador que designe al efecto.

Las certificaciones referidas deberán indicar el estado de construcción alcanzado, su valor y el porcentaje que dicho valor representa respecto del total presupuestado de ejecución. Contra la presentación y aceptación por parte del Banco de tales certificaciones quedará a disposición de la prestataria el importe resultante de aplicar el porcentaje antes indicado al importe del préstamo del que se deducirá las disposiciones habidas hasta ese momento. La prestataria podrá efectuar cada disposición en el plazo de cinco días desde la entrega de la documentación correspondiente, salvo que en el mismo término el Banco formule objeciones adecuadas a la obra certificada, según el informe del Técnico o Tasador designado al efecto.

Si el Banco formulase objeciones a las obras contenidas en la certificación de que se trate, los Técnicos de cada parte deberán resolver la incidencia en el plazo de 2 días siguientes resolviéndose, en caso de mantenerse las divergencias, por el Técnico que designe el Colegio Profesional correspondiente para dirimir la controversia.

Finalizado el periodo de carencia sin que la parte prestataria haya dispuesto de la totalidad del préstamo, esta parte no dispuesta se considerará abonada como amortización anticipada, sin devengo de comisiones ni gastos.

**QUINTO.-** Dª. Concepción que fue la que otorgó escritura pública del préstamo hipotecario objeto del procedimiento en nombre y representación del Banco de Valencia S.A., en su declaración prestada en el acto del juicio manifestó que las cláusulas de la referida escritura pública habían sido redactadas por el Banco de Valencia S.A.

Por otra parte, conforme resulta de la documental que obra en los folios 82 y siguientes de los autos, en la reclamación formulada por los actores-apelados contra el Banco de Valencia S.A., ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, se emitió informe, en cuya conclusión 1ª consta lo siguiente: "En relación con los hechos planteados, este Servicio considera que la entidad reclamada se apartó de los buenas prácticas financieras, al no facilitar a su cliente una información adecuada sobre las características del préstamo en divisas contratado, evitando estipulaciones susceptibles de admitir interpretaciones diferentes".

También debe indicarse, que el préstamo hipotecario objeto del procedimiento fue otorgado con la finalidad de financiar la construcción de la vivienda que debía constituir el domicilio familiar de los hoy actores-apelados.

**SEXTO.-** Esta Sala considera que el recurso de apelación que ahora nos ocupa no puede prosperar. Y ello habida cuenta que, aun cuando no se esté a la dicción literal de las cláusulas del contrato, lo cierto es que tanto la aplicación de lo dispuesto en el *art. 1.288 del Código Civil* como la aplicación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios debe conducir a la misma conclusión a la que llega la Juez "a quo" en la sentencia de instancia, en cuanto a la procedencia de la acción ejercitada por los actores en la demanda.

Y ello por cuanto la aplicación de dichas disposiciones legales al supuesto de autos implica que, la deficiente información o falta de información adecuada por parte de la entidad bancaria demandada a los actores sobre las características del préstamo concertado, así como la propia redacción de las cláusulas de la escritura de préstamo, susceptible de admitir interpretaciones diferentes u opuestas en lo referente al tipo de cambio, no pueden en ningún caso perjudicar a los prestatarios sino que debe perjudicar a la entidad prestamista que redactó tales cláusulas.

**SÉPTIMO.-** Al desestimar el recurso de apelación, procede imponer las costas de esta alzada a la parte apelante conforme lo dispuesto en el *art. 398.1 en relación con el 394.1*, ambos de la LEC.

En virtud de cuanto antecede,

## FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por el Procurador **D. FRANCISCO ARBONA CASAS NO VAS** , en nombre y representación del **BANCO DE VALENCIA S.A.** , contra la sentencia de fecha 16 de Abril de 2010, dictada por la Ilma. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 14 de los de Palma, en el procedimiento del cual el presente Rollo dimana, cuya sentencia, en su consecuencia, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** en todos sus extremos; con expresa imposición a la parte apelante de las costas en esta alzada.

**Recursos .- Conforme** al art. 466.1 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000* , contra las **sentencias** dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el **recurso extraordinario por infracción procesal** o el **recurso de casación** , por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.

**Órgano competente .-** Es el órgano competente para conocer de ambos recursos -si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo es con carácter transitorio) la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

**Plazo y forma para interponerlos .-** Ambos recursos deberán prepararse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.

**Aclaración y subsanación de defectos .-** Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

- No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.

- Debiéndose acreditar, en virtud de la *disposición adicional 15ª de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre* , el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta sección cuarta de la Audiencia Provincial nº 0494, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.

(Rº 387/2010)

Así, por esta nuestra sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

Sra. MARIA DEL PILAR FERNANDEZ ALONSO Sr. MIGEL ALVARO ARTOLA FERNANDEZ Sra. JUANA MARIA GELABERT FERRAGUT

**PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente Dª. JUANA MARIA GELABERT FERRAGUT , que lo ha sido en este trámite, en el mismo día de su audiencia pública señalado en el encabezamiento, doy fe.