



Roj: SAP M 4871/2012
Id Cendoj: 28079370282012100073
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 28
Nº de Recurso: 309/2011
Nº de Resolución: 92/2012
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: ENRIQUE GARCIA GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00092/2012

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 28ª

Rollo de apelación nº 309/2011

Materia: Condiciones generales de la contratación.

Órgano judicial de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid

Autos de origen: juicio ordinario nº 595/2009

SENTENCIA Nº 92/2012

En Madrid, a 16 de marzo de 2012.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en lo mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Gregorio Plaza González, D. Enrique García García y D. Alberto Arribas Hernández ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 309/2011, los autos del procedimiento de juicio ordinario nº 595/2009, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid , el cual fue promovido por D. Salvador y Dª Juana contra BANKINTER SA, siendo objeto del mismo el ejercicio de acciones relacionadas con condiciones generales de la contratación.

Han actuado en representación y defensa de las partes, como apelante, la Procuradora Dª Aurora Gómez-Villaboa y Mandri y la Letrada Dª Almudena Velázquez Cobos por D. Salvador y Dª Juana y, como apelada, la Procuradora Dª Roció Sampere Meneses y el Letrado D. Javier González Espadas por BANKINTER SA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada el 7 de mayo de 2009 por la representación de D. Salvador y Dª Juana contra BANKINTER SA en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba:

"1.- Se declare la nulidad de pleno derecho (ipso iure) de la cláusula (financiera) primera del "contrato en divisa con garantía hipotecaria" suscrito el día 3 de noviembre de 2.006.

2.- En consecuencia, se proceda a la determinación del nominal total prestado en **francos** suizos en UN MILLON CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO **FRANCOS** SUIZOS CON VEINTE CENTIMOS (1.486.555,2 CHF), aplicando a 936.000 euros el tipo de cambio oficial de 31 de octubre de 2.006, sin perjuicio de computar los pagos de las cuotas del préstamo realizadas por los demandantes hasta el momento de la determinación del nominal y de conformidad igualmente al tipo de

cambio oficial, compensándose el exceso de las cantidades pagadas hasta la fecha con las que vencieran tras la Sentencia de instancia que en su día recaiga.

3. Subsidiariamente, se proceda a la determinación del nominal total prestado en UN MILLON CUATROCIENTOS NOVENTA MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO **FRANCOS** SUIZOS CON CUARENTA CENTIMOS (1.490.954,4 CHF), aplicando a 936.000 euros el tipo de cambio oficial del 03/11/06, sin perjuicio de computar debidamente todos los pagos de las cuotas del préstamo realizadas por los demandantes hasta el momento de la determinación del nominal y de conformidad igualmente al tipo de cambio oficial, compensándose el exceso de las cantidades pagadas hasta la fecha con las que vencieran tras la Sentencia de instancia que en su día recaiga.

4. Que se condene a BANKINTER, S.A a indemnizar en concepto de daños materiales al SR. Salvador y la SRA. Juana con el interés legal calculado sobre 17.316 CHF (exceso de nominal en **francos** suizos) si se considera la fecha de 31 de octubre de 2.006, como la fecha en que debió firmarse el préstamo, hasta que se dicte Sentencia en instancia.

5. Que subsidiariamente, y por el mismo concepto, se condene a BANKINTER S.A, a indemnizar a mis representados con el interés legal sobre 13.384,80 CHF desde el 03/11/06, hasta que se dicte Sentencia en instancia.

6. Que se condena a BANKINTER, S.A a indemnizar a los Sres. Salvador y Juana en concepto de daños morales con el doble del interés legal sobre 17.316 CHF si se considera la fecha de 31 de octubre de 2.006 como la fecha en que debió suscribirse el préstamo, hasta que se dicte Sentencia en instancia.

7. Subsidiariamente, que se condene a BANKINTER S.A., a indemnizar a mis mandantes por el mismo concepto con el doble de interés legal sobre 13.384,80 CHF (exceso de nominal en **francos** suizos) desde el 03/11/06 hasta que se dicte Sentencia en instancia.

8. Condene a BANKINTER, S.A., al pago de las costas causadas y las que se causen en el proceso".

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid dictó sentencia, con fecha 1 de junio de 2010 , en cuyo fallo se disponía lo siguiente:

"Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Dª Aurora Gómez-Villaboa Mandri, en nombre y representación de D. Salvador y Dª Juana , debo absolver y absuelvo a Bankinter, S.A., de todos los pedimentos deducidos en su contra; con expresa condena en costas a los actores".

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de D. Salvador y Dª Juana se interpuso recurso de apelación que, admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma, con oposición al mismo por la contraparte, ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

La sesión de deliberación del asunto se celebró con fecha 15 de marzo de 2012.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los demandantes suscribieron con la entidad BANKINTER SA, con fecha 3 de noviembre de 2006, una operación de préstamo multidivisa de 936.000 euros, que quedó formalizado en 1.504.339,20 **francos** suizos, al que se anudaba una garantía hipotecaria.

Los demandantes aducían en su demanda que dicha entidad crediticia había fijado el contravalor de los euros a **francos** suizos, amparándose en la cláusula financiera 1ª del contrato, con un criterio subjetivo (1,6072 CHF), fijado por ella misma, en lugar de ceñirse al tipo de cambio oficial a esa fecha que resultaba inferior (1,5929). Pretendían por ello que se declarase la nulidad por abusiva de la citada cláusula y se recalculase toda la operación aplicando el tipo de cambio oficial, compensándose el exceso que entienden que habrían pagado, además de exigir una indemnización por importe de los intereses legales calculados sobre el exceso a su favor y un importe adicional por daño moral.

La oposición mostrada al respecto por la citada entidad crediticia ha obtenido el respaldo del juez de lo mercantil, que consideró que los actores conocieron y aceptaron la conversión realizada por BANKINTER SA, que actuó en el marco de lo que permite la normativa bancaria.

Los apelantes insisten en esta segunda instancia en sus planteamientos, invocando en su favor el artículo 8 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y los artículos 80 , 82 , 83 y 87 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios (TRLGDCU).

SEGUNDO.- Aunque los términos del debate pudieran llegar a sumirnos en un control del núcleo esencial del contrato, la sentencia del Tribunal de Justicia (UE) de 3 de junio de 2010 ha considerado posible realizar un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, incluso aunque estuviesen redactadas de manera clara y comprensible, al no haberse incorporado al ordenamiento español el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y ser los límites impuestos por la norma europea de mínimos, pudiéndose garantizar en un Estado miembro un mayor nivel de protección al consumidor; asimismo, en el sentido indicado por la citada jurisprudencia de la Unión europea se ha orientado también la sentencia de la Sala 1ª del TS de 1 de julio de 2010 que ha señalado que cabe en España el control de abusividad sobre cláusulas relativas al objeto principal del contrato cuando esté implicado un consumidor.

TERCERO.- La demanda se sustenta, sin embargo, en nuestra opinión, en un criterio equivocado, cual es partir de la idea de que necesariamente BANKINTER SA, si no quería incurrir en abusividad, tendría que haber previsto la aplicación del tipo de cambio oficial publicado en el BOE en noviembre de 2006 para realizar la determinación del contravalor de 936.000 euros a **francos** suizos. Pero esto no es así, porque en el contexto de un préstamo en divisas el banco proporciona al cliente en el momento de la contratación una moneda extranjera y ello lo hará, lógicamente, como ofertante de la misma, al tipo de cambio vendedor que dicha entidad crediticia esté ofertando al mercado al tiempo de efectuar el cambio de la misma (que es objeto de publicación, según disponen la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España y la Circular 3/1999 de 24 de marzo en relación con las correspondientes previsiones de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito), que es precisamente lo que contempla la cláusula financiera 1ª del contrato objeto de litigio. Son las leyes del mercado las que juegan en tal caso para la fijación del tipo de cambio de las divisas (pues las operaciones de cambio de moneda extranjera, cualquiera que sea su denominación, son libres, sin más límites que los establecidos en la legislación de control de cambios - véase el artículo 178 de la Ley 13/1996 y normativa posterior, en relación con la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior) y cabría negociación al respecto con la entidad financiera, pero no imponerle la obligación de que debiera ceñirse a un tipo oficial. Lógicamente, como el banco debe proporcionar la divisa aplicará en el momento inicial de concesión del préstamo el tipo de cambio con el que opera para pasar desde los euros a la moneda en la que va a funcionar el préstamo, lo que supone computar el tipo vendedor que el banco ofrezca entonces.

La situación puede ser distinta en los momentos ulteriores de la vida del préstamo, pues para el pago de las cuotas periódicas o para la realización de amortizaciones anticipadas o para una cancelación total, ya se contemplaba en el contrato, en otra condición general ulterior, la posibilidad de que el cliente pudiera hacer entonces lo que no cabría al principio, que es obtener por su cuenta la divisa en el mercado en las mejores condiciones que resultase posible para hacer con ella pago al banco prestamista o por el contrario comisionar a éste para que se ocupe de hacer el cambio de moneda (cláusula financiera 9ª).

CUARTO.- Por otro lado, las consecuencias de la aplicación de la cláusula financiera 1ª del contrato estaban concretadas al tiempo de la firma de la escritura pública en la que se formalizó el mismo, pues ya se cuantificaba en ella el importe en **francos** suizos (1.504.339,20) por el que quedó concedido el préstamo y ello no según un criterio caprichoso sino, precisamente, merced a la aplicación de la citada cláusula, a un tipo de cambio que tenía que haberse ofertado públicamente. Aunque no se desglosa en la escritura pública el tipo de cambio vendedor cuya aplicación arroja tal cifra, el resultado de tal operación no sólo pudo ser conocido por los contratantes antes de plasmar sus firmas sino que entendemos que también fue expresamente aceptado por éstos, que procedieron en esos precisos términos a la suscripción del contrato, sin que pueda luego hablarse por ellos de un resultado sorpresivo o no contemplado de la mencionada estipulación contractual cuya declaración de nulidad ahora persiguen. De hecho, en la demanda no se denunciaba la falta de transparencia de la cláusula, ni que no fuese clara ni comprensible, sino que simplemente se pretendía, en realidad, que el

juez impusiese al banco la obligación de aplicar a los demandantes un tipo de cambio oficial, lo que supondría recibir un trato preferente con respecto a otros clientes que negociasen con dicha entidad financiera un cambio de moneda. No basta, sin embargo, con realizar una invocación genérica de diversos preceptos del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios (TRLGDCU), en relación con el artículo 8 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), para tratar de dotar de un inexistente respaldo legal a una pretensión planteada en tales términos, cuando ni se efectúa el esfuerzo de detectar la inclusión de la cláusula en el catálogo de las previstas como abusivas en la ley o ni tan siquiera se objetiva su contrariedad a las exigencias de la buena fe ni la producción, en perjuicio del consumidor, de un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se derivasen del contrato.

QUINTO.- Hemos de reconocer la complejidad que conlleva el operar con préstamos en divisas, que responden a una operativa nacida con vocación de ser utilizada fundamentalmente por empresas que comercian en el ámbito internacional y no tanto para ser un instrumento de crédito para el consumidor, aunque nada impide que éste asuma el riesgo que entraña el embarcarse en este tipo de negocios, debiendo ser consciente de las ventajas e inconvenientes que pueden reportar. Ahora bien, aprovechar ese contexto complejo para tratar de esgrimir el reproche de abusividad de un clausulado contractual en el contexto de una operación como la que aquí hemos contemplado y con los argumentos que emplea la parte demandante, que parece querer olvidarse de las peculiaridades del tipo de negocio que eligió para obtener el préstamo hipotecario que le interesaba, está fuera de lugar.

SEXTO.- Las costas derivadas de la segunda instancia deben serle impuestas a la parte recurrente, puesto que, en cualquier caso, resultan desestimadas sus pretensiones, tal como se deriva del nº 1 del artículo 398 de la LEC .

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso, este tribunal pronuncia el siguiente

FALLO

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Salvador y D^a Juana contra la sentencia dictada el 1 de junio de 2010 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid en sede del juicio ordinario nº 595/2009 . E imponemos a la mencionada parte recurrente las costas correspondientes a la segunda instancia.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.