

Roj: SAP M 3500/2006
Id Cendoj: 28079370102006100133
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 10
Nº de Recurso: 542/2005
Nº de Resolución: 228/2006
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: MARIA TERESA PUENTE-VILLEGAS JIMENEZ DE ANDRADE
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 10

MADRID

SENTENCIA: 00228/2006

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

MADRID

Sección 10

1280A

C/ FERRAZ 41

Tfno.: 914933847-48-918-16 Fax: 914933916

N.I.G. 28000 1 7008142 /2005

Rollo: RECURSO DE APELACION 542 /2005

Autos: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 699 /2003

Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 10 de MADRID

De: BANKINTER S.A.

Procurador: MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

Contra: Salvador

Procurador: MIGUEL TORRES ALVAREZ

PONENTE: ILMA. SRA. D^a M^a TERESA PUENTE VILLEGAS JIMENEZ ANDRADE

SENTENCIA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. ANGEL VICENTE ILLESCAS RUS

D^a ANA MARÍA OLALLA CAMARERO

D^a M^a TERESA PUENTE VILLEGAS JIMENEZ ANDRADE

En MADRID , a veintiuno de marzo de dos mil seis.

La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos nº 699/03, procedentes del Juzgado de 1^a Instancia nº 10 de Madrid , seguidos entre partes, de una, como demandada-apelante BANKINTER, S.A., representada por la Procuradora D^a Rocio Sampere Meneses y defendida por Letrado, y de otra como demandante-apelado D. Salvador , representado por el Procurador D. Miguel Torres Alvarez y defendido por Letrado, seguidos por el trámite de juicio ordinario.

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo.Sr. D^a M^a TERESA PUENTE VILLEGAS JIMENEZ ANDRADE.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Madrid, en fecha 4 de febrero de 2005, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: FALLO:"Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por D. Salvador contra BANCO INTERACIONAL ESPAÑOL, S.A. (BANKINTER), 1).- DEBO DECLARAR Y DECLARO que el préstamo hipotecario firmado por ambas partes en fecha 6 de abril de 2001 es de 21.500.000 pesetas, con un contravalor en JPY de 13.695.189, siendo ésta, por tanto, la cantidad a amortizar por el principal, a través de las cuotas mensuales estipuladas en el contrato. La ineficacia del segundo expediente de 1.025.280 JPY, con un contravalor de 1.497.475 pesetas que ha elaborado unilateralmente la demandada, sin el consentimiento de la actora, por lo que se ha de elaborar todo el expediente de préstamo para adaptarlo a lo estipulado en la escritura pública, de acuerdo con lo declarado en el apartado anterior. Ello implica, por tanto, que la actora solo ha de pagar cuotas de amortización y de intereses de un capital inicial de 13.695.189 JPY. Y 2). DEBO CONDENAR Y CONDENO A LA DEMANDADA a abonar la interposición de la demanda y costas. Que desestimando íntegramente la reconvenición de la demandada debo condenarla y condeno a las costas de la misma."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada. Admitido el recurso de apelación en ambos efectos, se dio traslado del mismo a la parte apelada. Elevándose los autos ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de fecha 7 de febrero de 2006, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 13 de marzo de 2006.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la entidad BANKINTER, S. A., se formula recurso de apelación frente a la resolución de instancia, estimatoria de la demanda interpuesta por D. Salvador contra la ahora apelante, sobre solicitud de declaración de que el Préstamo Hipotecario firmado entre las partes con fecha 6 de Abril de 2.001 (que grava una vivienda propiedad del actor) es de 21.500.000 pesetas, con un contravalor en Yenes japoneses (en adelante JPY) de 13.695.189, que es la cantidad a amortizar a través de las cuotas mensuales establecidas en el contrato; que como consecuencia de ello se declare la ineficacia del segundo expediente de 1.025.280 JPY con un contravalor de 1.497.475 pesetas que ha elaborado unilateralmente la demandada, debiendo de adaptarse en consecuencia a lo estipulado en la Escritura pública, por lo que el actor solo debe de pagar cuotas de amortización y de intereses de un capital inicial de 13.695.189 JPY; y condenar a la demandada a devolver todas las cuotas de amortización de capital e intereses correspondientes a la amortización de 1.025.280 JPY que el actor ha ido abonando hasta la fecha , 9.000 euros mas los intereses y costas.

SEGUNDO.- Pasando a contestar los motivos objeto de recurso alegados por la entidad BANKINTER, S. A. En primer lugar se considera necesario realizar, para mejor comprensión del tema objeto de controversia, un relacion de los hechos que han quedado acreditados en el procedimiento:

a) Con fecha 6 de Abril de 2.001, se firmó entre las partes una Escritura denominada de Novacion Préstamo Hipotecario "Multidivisa" consistente en ampliación de capital y su regularización de amortización en divisas (que grava una vivienda y plaza de garaje propiedad del actor situada en la Calle Machupichu 109, vivienda C-109).

El actor escogió como moneda para amortizar la cantidad concedida ascendente a 21.500.000 pesetas (129.217,60 euros), los yenes japoneses, adquiriéndose 13.695.189 JPY que sería la cantidad finalmente amortizable, (estableciéndose en consecuencia que por 1 euro se compraban 105,98 JPY), como consta en la clausula II , apartado A) de la Escritura (folio 25 reverso). Acordando que el pago se haría a través de cuotas mensuales de 63.904 yenes (folio 26) que incluyen la parte destinada a amortización de capital y a la que se aplican los intereses correspondientes, hasta el día 6 de Abril de 2.021 (folios 19 a 37).

b) Con fecha 6 de Abril de 2.001, se aplicó por la entidad bancaria un tipo de cambio diferente del pactado en la Escritura Pública. Es decir 113,93 JPY por euro , en lugar de 105,98 JPY por euro, y aplicando este tipo de cambio los 13.695.189 JPY tenían un contravalor distinto e inferior al inicial (que era de 21.500.000

pesetas), es decir de 20.002.399 pesetas; por ello se origina un segundo expediente por el importe de la diferencia entre ambas cantidades, es decir por 1.497.601 pesetas con un contravalor de 1.025.280 JPY. Sumando ambas cifras de yenes 14.720.469.

Se unificaron por la entidad bancaria ambos expedientes, y se acordó por el Banco que el actor debía de devolver 14.720.469 JPY en lugar de los 13.695.189 JPY pactados.

c) Por la entidad bancaria en su escrito de apelación, se reconoce expresamente que padeció un error material mecanográfico en el momento de formalización de la Escritura, al fijar el contravalor en yenes de la cantidad de capital en pesetas prestado, tratando de subsanar el error padecido, manifestando que lo puso en conocimiento del actor, manifestándose sin embargo por este último que no es cierto.

TERCERO.- Por todo ello entendemos que no existe error en la valoración de la prueba por parte del Juzgador de Instancia, sino una apreciación de la misma en su conjunto que se considera plena y totalmente ajustada a derecho, en aplicación del contenido de los *artículos 1.218 y 1.225 del Código Civil*, y en virtud del principio de inmediación y conforme a las normas de la sana crítica (S.T.S. 16-10-1.998), y teniendo en cuenta las estipulaciones libremente suscritas entre las partes en la Escritura Pública Notarial formalizada en el momento de suscripción del Préstamo denominado Multidivisa, existiendo asimismo conformidad con respecto a la fecha de su suscripción.

Sin que pueda quedar desvirtuado su criterio que se considera plenamente objetivo e imparcial, por el de parte que resulta unilateral y subjetivo. Careciendo de trascendencia en este sentido, el testimonio de la Apoderada del Banco Dña Irene, porque se trata de una trabajadora del mismo, y sus declaraciones en consecuencia se encuentran viciadas de la falta de imparcialidad necesaria.

Ni por el criterio mantenido por el Banco de España (folios 55 a 61), en contestación a la reclamación efectuada en su día por el actor, porque resulta un tercero ajeno a la relación contractual que obliga a las partes.

CUARTO.- En lo referente a la alegada existencia en su caso de un error invalidante de la Escritura, conforme al contenido del *artículo 1.266 del Código Civil*. Entendemos que dicha alegación no puede variar el contenido de la Escritura pública, ni el criterio mantenido por el Juzgador de Instancia. Ya que si se comprobó su existencia, ello no faculta para que en consecuencia, de manera unilateral, y sin el consentimiento de la otra parte, se puedan variar sus términos por el Banco, debiendo de haber previsto en su caso la posibilidad de la circunstancia objeto de litigio y haberla introducido en las estipulaciones redactadas, si quería aplicarlas después, cosa que no hizo, por lo que no puede reclamar que la parte prestataria las acepte, si no esta de acuerdo, máxime si van en su perjuicio, y porque en su caso de haberlas conocido podría no haber aceptado formalizar este tipo de préstamo y la utilización de una moneda como son los yenes, ya que dada la oscilación de los tipos oficiales de cambio, la elección de un día o de otro da lugar a la adquisición de más o menos en este caso, yenes. Teniendo en cuenta que el banco conocía el tipo de operación que suscribía, que no se trataba de un préstamo normal formalizado en la moneda de curso corriente en España, sino en la moneda nipona, y los riesgos a los que se encontraba sometida por las oscilaciones de la moneda, según las propias estipulaciones que conocía y que fueron introducidas en la reiterada Escritura por la propia entidad bancaria, que previó otro tipo de situaciones para evitar perjuicios económicos (Debiendo de resaltarse en este sentido como ejemplo, que se introdujeron cláusulas como las de opción de cambio de moneda y comunicaciones, donde se recogía que la parte prestataria podía, al vencimiento de cada periodo de amortización, sustituir una divisa por otra de las cotizadas en España, valorándose la divisa anterior al cambio vendedor o "cambio alto" y la que se introduce al comprador o "cambio bajo", igualmente podrá traducirse a pesetas; la sustitución afectará al saldo pendiente de Préstamo, de forma que en cada momento deberá estar dispuesto en una sola divisa; a estos efectos se harían los oportunos traspasos y el banco reflejará el Préstamo en la clase de cuenta, divisas o pesetas, que haya determinado la parte prestataria; quien comunicará al Banco con un mínimo de tres días hábiles de antelación al vencimiento de la amortización, mediante telex o telegrama, la clase de moneda por la que opta, sino se entiende que mantiene la elegida para el periodo anterior; la sustitución de la divisa utilizada no supondrá la elevación del límite pactado inicialmente, ni reducción del riesgo en vigor, salvo en el caso de efectiva amortización; reconociendo la prestataria que el Préstamo está formalizado en divisas, asumiendo explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida de la escritura, exonerando al Banco de la responsabilidad generada por dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en pesetas pueda ser superior al límite pactado, y si así se produjera, el Banco podrá ejercer la facultad de resolución).

En aplicación de la doctrina emanada por el Tribunal Supremo en este sentido, ya que resulta inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, debiendo de apreciarse las circunstancias de cada caso, incluso las personales, y no solo de quien ha padecido el error sino también del otro contratante, debiéndose de procurar un justo reparto entre los mismos de los riesgos del

error; debiendo de soportar cada parte las consecuencias del que ha padecido, salvo en los casos en que excepcionalmente se le permita obtener protección especial; y cuando el error es imputable a quien lo invoca , el tiene que soportar las consecuencias. Porque para que el error material invalide el consentimiento, se ha de tratar de un error excusable, es decir aquel que no se puede atribuir a la negligencia de la parte que lo alega, ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada, por no afectar al consentimiento (S.T.S. de fechas 7-7-1.981, 6-2-1.998, y 24-1-2.003) . Sin que por ello se considere de aplicación el *artículo 1.281 del Código Civil* , porque asimismo las cantidades recogidas en la Escritura resultan claras y precisas y no inducen a error de interpretación.

QUINTO.- Por todo ello, en aplicación de lo establecido en el artículo 1.088, 1.089, 1.156 a 1.254, 1.091, 1.255 y 1.278 , 1.256 y 1.110, en lo referente a las obligaciones, así como que el contenido de los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes que los suscriben y deben de cumplirse a tenor de los mismos, el *artículo 7 del Código civil* con respecto a las reglas de la buena fé que deben de regir los contratos, y el *artículo 1.288 del Código Civil* inspirado en el principio de autoresponsabilidad del declarante y protección de la confianza suministrada, en los Contratos denominados de Adhesión en los que su contenido se impone a la parte contratante mas débil, que no puede favorecer en caso de error a quien lo ha redactado, de acuerdo con el criterio mantenido por el Juzgador de instancia que se considera ajustado a derecho. Procede concluir, Desestimando el recurso de apelación y Confirmando la resolución de Instancia.

SEXTO.- Con respecto a las costas causadas en esta segunda instancia, al haberse Desestimado el recurso de apelación, serán a cargo de la parte apelante, a tenor de lo establecido en el *artículo 398 de la LEC* .

Vistos los preceptos legales citados y demás disposiciones normativas de general y pertinente aplicación.

III.- F A L L A M O S

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la entidad BANKINTER , S.A., CONTRA la Sentencia dictada con fecha 4 de Febrero de 2.005, por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Madrid, en el Juicio Ordinario nº 699/2.003 . Confirmando íntegramente la expresada resolución. Con condena en costas de esta segunda instancia a la parte apelante.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.