

# Audiencia Provincial

de Madrid (Sección 25ª) Sentencia num. 449/2014 de 28 noviembre

[JUR\2015\19297](#)



Banca.Contratos mercantiles.

**Jurisdicción:** Civil

Recurso de Apelación 261/2014

**Ponente:** Ilmo. Sr. D. Carlos López-Muñiz Criado

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoquinta

C/ Ferraz, 41 - 28008

Tfno.: 914933866

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2014/0032866

**Recurso de Apelación 261/2014**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 54 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 560/2013

**APELANTE:** SL y D. Jorge

PROCURADOR D. LUIS GOMEZ LOPEZ-LINARES

**APELADO:** CATALUNYA BANC SA

PROCURADOR D. ARMANDO PEDRO GARCIA DE LA CALLE

SENTENCIA Nº 449 / 2014

**TRIBUNAL QUE LO DICTA :**

**ILMO. SR. PRESIDENTE :**

D. JOSÉ MARÍA GUGLIERI VÁZQUEZ

**ILMOS SRES. MAGISTRADOS:**

D. CARLOS LÓPEZ MUÑIZ CRIADO

D. JOSÉ ZARZUELO DESCALZO

En Madrid, a veintiocho de noviembre de dos mil catorce.

La Sección Vigésimoquinta de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 560/2013 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 54 de Madrid a instancia de SL y D. Jorge , apelantes - demandantes,

representados por el Procurador D. LUIS GOMEZ LOPEZ-LINARES, contra CATALUNYA BANC SA, apelado - demandado, representado por el Procurador D. ARMANDO PEDRO GARCIA DE LA CALLE y asistido por el Letrado D. Carlos García de la Calle; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 13/01/2014 .

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente D. CARLOS LÓPEZ MUÑIZ CRIADO.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por Juzgado de 1ª Instancia nº 54 de Madrid se dictó Sentencia nº 4/2014 de fecha 13/01/2014 , cuyo fallo es el tenor siguiente:

"DESESTIMANDO LA DEMANDA formulada por el Procurador de los Tribunales Sr. Gómez López Linares en nombre y representación de D. Jorge y de S.L., frente a CATALUNYA BANC S.A., representado por el Procurador Sr. García de la Calle, ABSUELVO a la demandada de todas las pretensiones frente a ella ejercitadas, condenando a los demandantes al pago de las costas."

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, que fue admitido; dado el correspondiente traslado la parte demandada presentó escrito de oposición al recurso formulado y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales, señalándose para su deliberación, votación y fallo el día 26 de noviembre de 2014.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### PRIMERO

- La sentencia de primera instancia, tras declarar que los demandantes no demostraron tener condición de consumidor y, por tanto, no resulta aplicable la normativa protectora, desestima la demanda por no acreditarse la concurrencia de error excusable en la contratación del préstamo hipotecario multidivisa, pues no se trata de un producto complejo difícil de entender, y menos para el Sr. Jorge , que es Abogado de profesión y ha ejercido cargo de Administrador de varias sociedades mercantiles, siéndolo también de la sociedad demandante, la cual, por el hecho de ser una sociedad patrimonial, no tiene consideración de consumidor, y no puede aceptarse que quien constituye la sociedad de capital con el objeto de " *limitar su responsabilidad y obtener determinadas ventajas fiscales, pretenda a la vez, cuando le interesa, ser considerado consumidor o usuario en sus relaciones con otros empresarios a fin de gozar de una mayor protección* ". Añade igualmente que la sociedad demandante no ha demostrado cuál era la finalidad de los préstamos, algo fundamental para, en su caso, justificar que la operación se destinaba a actividades ajenas al objeto empresarial. También declara probado que fue el Sr. Jorge quien acudió a la demandada para solicitar un préstamo multidivisa en yenes por consejo de un conocido. Analiza y describe ampliamente la naturaleza y contenido del contrato concluyendo que no es un producto financiero de inversión, sino de financiación, y por ese motivo no se encuentra comprendido en el ámbito de la [Ley 47/2007 \( RCL 2007, 2302 \)](#) . Estudia la excepción de caducidad opuesta por la parte demandada, y la rechaza, como también declara inexistente el incumplimiento como causa de resolución del préstamo planteada de manera subsidiaria al considerar que no tenía obligación la demandada de informar periódicamente a su cliente sobre la evolución del cambio de divisas, cuyo conocimiento es público en los medios escritos e internet, siendo un derecho de la sociedad actora optar por el cambio de divisa en la forma prevista en el contrato, la cual nunca ejercitó.

Recurre la parte actora explicando cuál fue la causa de la financiación, al parecer un ultimátum proferido por la hermana del Sr. Jorge a éste, que admite no estar demostrado, y sólo mencionado por aquél en el interrogatorio de parte. Insiste en la condición de consumidor del Sr. Jorge porque es persona física que actuó como fiador de la mercantil, la cual es de mera tenencia de bienes, sin estructura empresarial, empleados o cualquier otro elemento propio de las sociedades que desarrollan actividad empresarial. Considera que el préstamo multidivisa es de difícil comprensión, en particular la cláusula opción multidivisa, y la relativa al tipo de interés y cambio, requiriendo un

profundo conocimiento del mercado de divisas y del tipo de cambio, sus posibles variaciones, los flujos comerciales, los tipos de interés, el mercado o instrumentos de protección más efectivos o idóneos, lo cual implica que debe entenderse dentro del ámbito de protección de la [Ley del Mercado de Valores \( RCL 1988, 1644 ; RCL 1989, 1149 y 1781 \)](#) . Reitera que no se proporcionó información previa, y eso provocó error en el consentimiento, discrepando de la valoración de la prueba realizada en la sentencia apelada, y realiza su propia apreciación. Termina reiterando sus pretensiones principales y subsidiarias.

## SEGUNDO

- Compartimos y hacemos nuestra la valoración de la prueba, argumentos y pronunciamientos de la resolución apelada.

En contra de lo alegado por la parte recurrente, el Sr. Magistrado de primera instancia desarrolla de manera clara y bien estructurada su *ratio decidendi* . No es en absoluto confusa ni embarullada, como se acusa, sino todo lo contrario, tal como puede apreciarse en el resumen expositivo realizado en el primer párrafo de esta resolución. En realidad ha puesto en evidencia la ausencia de razón de los demandantes, comenzando por no haber éstos justificado la condición de consumidor. Así, en el caso de la sociedad, S.L., resulta evidente que carece de ella por mucha finalidad patrimonial que se pretenda dar, algo no discutido. Ese tipo de sociedades tiene naturaleza mercantil cuando se constituyen como sociedades de capital de responsabilidad limitada, pues así expresamente lo disponía el artículo 3 L 2/1995, vigente en el momento de firmarse los contratos objeto de controversia (actualmente es el [art. 2 RDLeg 1/2010 \( RCL 2010, 1792 y 2400 \)](#) ), y al tener un objeto social determinado para el que han sido constituidas, se ha de presumir que su actuación se destina a ese fin, cargando con la prueba de demostrar lo contrario si no es así. Si, como se pretende en este caso, el objeto es la tenencia de bienes inmuebles, se abarca con ello todo cuanto derive de ella, ya sea la explotación, administración y disposición, conceptos donde se incluye la constitución de cargas y gravámenes, como la hipoteca. Por tanto, con independencia de cuáles sean los motivos personales que movieran al Administrador de

S.L. a constituir el derecho real destinado a garantizar la devolución del préstamo multidivisa (que ni se han demostrado ni resultan relevantes), su actuación estaba dentro del objeto social de aquélla, es decir, forman parte del fin de la empresa para la que se creó la sociedad, lo cual permite atribuirle calidad empresarial, y, por tanto, no actuó como consumidor en el sentido previsto por el [artículo 3 RDLeg 1/2007 \( RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372 \)](#) , que, además, exige para dotarle de protección que la actuación sea sin ánimo de lucro, lo cual difícilmente puede concebirse si consistió en sustituir un préstamo hipotecario anterior por otro donde se esperaban mejores condiciones de financiación, y, por tanto, la obtención de un menor coste frente a los normales del mercado. En definitiva, en el contexto de la actividad de una sociedad mercantil desarrollada para el cumplimiento de sus objetivos, el ánimo de lucro se concibe como motor de la operación y así debe presumirse, de modo que si otra es la finalidad, se ha de acreditar por quien lo alega, lo cual no ha ocurrido en este caso.

Con relación al Sr. Jorge , administrador de la sociedad, que se pretenda aducir su calidad de consumidor por actuar como fiador de aquélla está carente de todo fundamento. En primer lugar, porque en cuanto administrador que es de S.L., el afianzamiento de la sociedad a la que representa está dentro de su actividad empresarial, lo cual ya le excluye de raíz de la protección por imperativo del [artículo 3 RDLeg 1/2007](#) en su primer párrafo (" *A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial , oficio o profesión .*"), y, en segundo lugar, porque el consentimiento prestado para el contrato de afianzamiento no es el mismo dado para el préstamo -se trata de negocios jurídicos distintos-, de modo que si realmente concurriese algún tipo de vicio al consentir la fianza, no tendría por qué extenderse al préstamo y afectar a su validez.

## TERCERO

- Comprobado que ninguno de los demandantes actuó en condición de consumidor y, por tanto, no merece la protección de la normativa especial, se ha de analizar si las características de los contratos, ambos celebrados en julio de 2008, cuando ya estaba vigente la reforma por [Ley 47/2007 \(](#)

[RCL 2007, 2302](#) ) de la Ley Nacional del Mercado de Valores 24/1988, obligaban a la demandada a cumplir las exigencias de información. En este sentido debe recordarse que la referida Ley recoge en su artículo 2 los instrumentos financieros a los que resulta aplicable haciendo una relación abierta susceptible de incluir otros que legal o reglamentariamente reciban la calificación de " valor negociable ", como dispone el apartado K del ordinal primero . Pues bien, los contratos de préstamo concertados no tienen esa consideración ni encajan en la definición de ninguno de los tipos de instrumentos catalogados en el precepto, empezando porque no se trata de un "valor", en cuanto lo convenido es prestar yenes japoneses en lugar de euros, y no la adquisición de un título con valor económico, ni, por tanto, puede tampoco tener carácter negociable, pues el prestatario no puede disponer de su condición de tal transmitiéndola a un tercero en el mercado financiero. Siendo eso así, fracasa cualquier intento de buscar amparo en la normativa especial y la influencia que un posible incumplimiento del mayor deber de información, impuesto en el artículo 79bis LNMV al profesional, pudiese haber tenido sobre el consentimiento de los demandantes.

En realidad, el único ámbito legal donde podría valorarse un comportamiento abusivo en el contrato que nos ocupa sería en el de la [Ley de Condiciones Generales de Contratación \( RCL 1998, 960 \)](#) , en particular en ordinal 1 de su artículo 8, que reputa 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 ". Sin embargo, la estipulación primera del contrato, donde se determina el capital del préstamo en yenes, no puede calificarse de condición general de contratación en cuanto, por ser la cantidad de dinero pedida y recibida por el prestatario, constituye el objeto propio del contrato y define su causa, siendo sólo concebible su negociación individualizada, pues de otro modo no se entendería la existencia del préstamo, salvo simulación o falta total de consentimiento, lo cual no es lo mismo que el consentimiento viciado por error excusable aducido como causa de nulidad de un contrato existente. Por lo demás, no es en absoluto complejo entender que quien recibe un préstamo en divisas lo hace sabiendo que el valor de la moneda extranjera oscila respecto a la de curso legal en el País de contratación, siendo un hecho notorio, al tratarse de datos de conocimiento general y noticia periódica de los medios de comunicación, que diariamente existen diferencias de cotización entre monedas con oscilaciones al alta o a la baja en la relación entre ellas. Por tanto, una diligencia mínima en la contratación exige al prestatario prever que dependiendo de la evolución de esa relación entre las dos monedas saldrá beneficiado o perjudicado. De ese modo el riesgo asumido es perfectamente perceptible por cualquiera, y no reviste otra complejidad que la de adivinar si el valor de cotización de la divisa va a continuar por debajo del atribuido a la moneda nacional o subirá, algo que está por completo fuera del alcance de todo conocimiento cuando la expectativa se evalúa en un préstamo a veinte años de vigencia.

Con relación a otras estipulaciones, como la "opción multdivisa", aunque sí merezca la consideración de condición general, en ningún caso se entendería cuestionar su validez, pues resulta beneficiosa para el prestatario en cuanto le permite exigir el cambio de divisa si percibe que la inicialmente convenida tiene una evolución contraria a sus deseos o previsiones, de modo que la nulidad, la cual sólo podría concebirse en términos de falta de transparencia y claridad, tal como dispone el artículo 7Ley 7/1998 , no afectaría a la validez del contrato, pues, además, es una cláusula accesoria, y menos a la obligación del prestatario de devolver la cantidad de dinero recibida en préstamo.

#### CUARTO

- A efectos de valorar si existió error y, en ese caso, si era excusable y merece por ello la calificación de invalidante del contrato, se ha de tener en cuenta, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1999 , que el error no puede confundirse con la falta de diligencia negocial exigible en cada caso, y para ello, en palabras de la misma Doctrina " *la referida diligencia y conforme a los postulados de la buena fe ha de valorarse teniendo en cuenta las circunstancias de todo tipo concurrentes y entre ellas las propias y subjetivas de quien aduce que padeció el error* ". En tal sentido no puede concebirse igual grado de diligencia en un consumidor sin conocimientos ni experiencia financiera, más allá de la común a cualquier ciudadano para administrar su patrimonio dinerario, que la exigible al Administrador de una sociedad mercantil, definida, respecto a las sociedades de responsabilidad limitada, como " *diligencia de un ordenado empresario y de un representante legal* " ( art 61 [LSRL \( RCL 1953, 909 y 1065\)](#) ), vigente en el momento de firmarse el

contrato). Ello implica, en cuanto por la condición de empresario el Administrador gestiona medios humanos y materiales, que está obligado a recabarlos y utilizarlos para lograr un resultado eficaz, de modo que su intervención en las relaciones jurídicas de todo tipo que se le ofrezcan representando a la sociedad administrada no puede ser meramente pasiva, sino que debe cuidarse de conocer con amplitud todas las consecuencias derivadas del negocio, empleando para tal fin los medios propios de conocimiento y asesoramiento disponibles en la sociedad, o recabándolos del exterior. Por esa razón, no resulta admisible que un ordenado empresario se fíe sin más de los aspectos favorables de un producto financiero sin valorar las consecuencias económicas previsibles en caso de una evolución distinta a la deseada en la cotización de la divisa. Esto es así respecto al deber de diligencia del empresario y mirado desde su posición contractual. Por eso, si ya resulta difícil que en el contexto ordinario (es decir sin concurrir conductas falsarias o mala fe) de la concertación de un préstamo de dinero cifrado en divisas se dé error excusable en el prestatario, con menor razón si éste es una sociedad mercantil.

#### QUINTO

- Si, como hemos argumentado en el fundamento jurídico tercero, el contrato de préstamo objeto de estudio no se halla entre los contenidos en la [Ley 24/1988 \( RCL 1988, 1644 ; RCL 1989, 1149 y 1781 \)](#), no resulta aplicable el deber de mantener informado al cliente que se establece en el artículo 79bis 1, lo cual, por otro lado, se entiende sin dificultad, pues la contratación de un préstamo no constituye ni lleva incluida la prestación de un servicio de inversión, y menos con asesoramiento, ni puede equipararse en modo alguno a ese tipo de figura contractual del ámbito financiero. Como bien dice el Sr. Magistrado de primera instancia, el préstamo no es una inversión sino un medio de obtener financiación. Si el préstamo se hace en moneda extranjera deberá devolverse ésta, y el conocimiento de su contravalor en la moneda nacional compete al prestatario. Por eso, ni por lo pactado en el contrato, donde no aparece ningún deber de asesoramiento o información específico a cargo de la demandada, ni por las condiciones implícitas que pudieran considerarse existentes en él de acuerdo con su naturaleza, aplicando a tal efecto lo dispuesto en el [artículo 1.258 CC \( LEG 1889, 27 \)](#), cabe entender que la demandada lo haya incumplido.

Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso.

#### SEXTO

Considerando lo dispuesto en el [artículo 398 LEC \( RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892 \)](#), y vista la desestimación del recurso, procede condenar a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

#### F A L L A M O S

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Luis Gómez López-Linares, en nombre y representación de D. Jorge y de S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 54 de Madrid de fecha trece de enero de dos mil catorce en autos nº 560/2013 **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** íntegramente la misma, con imposición a la apelante de las costas procesales causadas en esta alzada, y pérdida del depósito constituido.

Notifíquese la presente resolución a las partes interesadas y remítase testimonio de la misma al Juzgado de procedencia para su conocimiento y efectos.

**MODO DE IMPUGNACION:** Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los [artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil \( RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892 \)](#), en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la [Disposición Adicional Decimoquinta de la \( RCL 1985, 1578 y 2635 \)](#) Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 3390-0000-00-0261-14, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.