



Roj: **STS 903/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:903**

Id Cendoj: **28079110012019100165**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/03/2019**

Nº de Recurso: **1609/2016**

Nº de Resolución: **178/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 4046/2016,**
STS 903/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 178/2019

Fecha de sentencia: 21/03/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1609/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/03/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección Novena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN núm.: 1609/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 178/2019

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 21 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 182/2016, de 31 de marzo dictada en grado de apelación por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1373/2013 del Juzgado de Primera Instancia 56 de Madrid, sobre préstamo hipotecario **multidivisa**.

El recurso fue interpuesto por D. Juan Francisco y D.^a Delfina, representados por la procuradora D.^a María del Mar Rodríguez Gil y bajo la dirección letrada de D. Javier Díaz Molina.

Es parte recurrida Banco Santander S.A., representada por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de D. Luis Cazorla González-Serrano.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.^a María del Mar Rodríguez Gil, en nombre y representación de por D. Juan Francisco y D.^a Delfina, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Santander S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] solicitando:

" 1º.- Que se declare la nulidad de las estipulaciones segunda -solo en cuanto al pacto de pago en divisa franco suizo- y segunda-bis, "Opción multidivisas", del préstamo en divisas con garantía hipotecaria suscrito por mis representados en la entidad Banco de Santander; y, por tanto, de todas las operaciones efectuadas en francos suizos, por vicio del consentimiento de mis mandantes.

" 2º Que se declare válido y subsistente el préstamo hipotecario suscrito entre las partes en todas las demás estipulaciones y contenido, pero referido a la divisa natural y propia de los demandantes -el euro-, divisa que, entre otras, estaba dentro de las previsiones contractuales desde el momento de la suscripción del crédito.

" 3º.- Se condene a la entidad demandada a pasar por la restitución del préstamo en euros con efectos "ex tunc" -desde la suscripción del préstamo- liquidándose las cantidades mutuamente entregadas conforme a un préstamo en euros; todo lo que se hará mediante la liquidación y compensación que procedan en fase de ejecución de sentencia.

" 4º.- De forma subsidiaria, y para el único y exclusivo caso de que por el Juzgado no se acordara la nulidad parcial de las estipulaciones segunda -referencia al pago en francos suizos- y segunda-bis, "opción **multidivisa**" del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes, se condene a la demandada Banco de Santander S.A. a indemnizar a los demandantes en méritos de la responsabilidad dimanante del incumplimiento de sus obligaciones y de su negligencia contractual, en el importe de los daños causados, concretados en la cantidad pagada en exceso por los demandantes por suscribir éstos el préstamo en francos suizos, y en aplicación de las estipulaciones segunda y segunda-bis del contrato, recomendados por la entidad demandada con absolutas falta de transparencia y de información básica a sus clientes consumidores, los hoy actores, respecto de la que hubieran pagado de establecer el préstamo en euros desde el momento de la suscripción del mismo, en aplicación de la opción **multidivisa** contemplada por el contrato; importe que, en su momento, será liquidado y determinado en fase de ejecución de sentencia; manifestando los actores su voluntad expresa de red denominar el préstamo a euros en cuanto ello les sea contractualmente posible".

2.- La demanda fue presentada el 16 de octubre de 2013 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia 56 de Madrid, fue registrada con el núm. 1373/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Eduardo Codes Feijoo, en representación de Banco Santander S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia 56 de Madrid, dictó sentencia 143/2015, de 22 de julio, que desestimó la demanda y condenó a la actora al pago de las costas causadas.

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Juan Francisco y D.^a Delfina. La representación de Banco Santander se opuso al recurso.



2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 828/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 182/2016, de 31 de marzo, en la que desestimó el recurso y condenó al apelante al pago de las costas, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- La procuradora D.^a María del Mar Rodríguez Gil, en representación de D. Juan Francisco y D.^a Delfina, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, por infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las Sentencias nº 323/2015, de fecha 30 de junio de 2015, nº 60/2016, de fecha 12 de febrero de 2016, nº 489/15, de fecha 16 de septiembre de 2015, nº 244/2013, de fecha 18 de abril de 2013 y nº 840/2013, de fecha 20 de enero de 2014, además de toda una dilatada doctrina jurisprudencial que citaremos, en la misma línea de éstas; respecto del deber de información de las entidades que comercializan productos financieros complejos a los inversionistas- de cuya naturaleza participan los préstamos hipotecarios con cláusulas **multidivisa**-, e infracción de las normas vigentes al respecto en el momento de los hechos, artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores previa a la Directiva MIFID, y Código General de Conducta de los Mercados de Valores (regulado por Real Decreto 629/93)".

"Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, por infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las Sentencias mencionadas en el motivo primero, respecto a cómo han de interpretarse los artículos 1265 y 1266 del Código Civil, infringidos por la sentencia apelada, respecto de la nulidad instada por esta parte en cuanto al error en el consentimiento sufrido por los demandantes hoy recurrentes al suscribir el producto financiero complejo, préstamo hipotecario con cláusula **multidivisa**, sobre el que versa el recurso".

"Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, por infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las mismas Sentencias mencionadas en el motivo primero -244/2013 y 840/2013-, respecto al incumplimiento por la entidad demandada de sus obligaciones contractuales y normas de conducta, con infracción de los artículos 1101, 1104 y 1106 del Código Civil, y de las normas sectoriales y específicas mencionadas en el motivo primero".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 19 de septiembre de 2018, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Banco Santander S.A. se opuso al recurso de casación.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 13 de marzo de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- D. Juan Francisco y D.^a Delfina interpusieron una demanda contra Banco Santander S.A. (en lo sucesivo, Banco Santander) en la que solicitaron que se declarara la nulidad de determinadas estipulaciones del préstamo hipotecario que habían concertado, en concreto de las cláusulas relativas al pago en divisas y a la "opción multidivisa", y se declarara subsistente el préstamo hipotecario pero referido al euro, liquidándose las cantidades mutuamente entregadas conforme a un préstamo en euros; y, subsidiariamente, que se condenara a Banco Santander a indemnizarles en la cantidad pagada en exceso por los demandantes por suscribir éstos el préstamo en francos suizos.

2.- Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, ante la que apelaron los demandantes, desestimaron completamente sus pretensiones.

3.- Los demandantes han interpuesto un recurso de casación basado en tres motivos, que han sido admitidos a trámite.

SEGUNDO.- Formulación de los motivos del recurso



1.- En el encabezamiento del primer motivo se cita como infringido el art. 79 de la Ley del Mercado de Valores en la redacción anterior a la trasposición de la Directiva MiFID y el Real Decreto 629/1993, así como la jurisprudencia que los desarrolla.

La infracción se habría cometido porque Banco Santander no facilitó a los demandantes, inversores minoristas, la información exigida en la normativa reguladora del mercado de valores, lo que habría determinado que el error fuera sustancial y excusable, adecuado para fundar la nulidad solicitada en la demanda.

2.- En el encabezamiento del segundo motivo se denuncia la infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil .

En el desarrollo del motivo, se argumenta, en síntesis, que la infracción se habría cometido porque el incumplimiento por Banco de Santander de las obligaciones de información que le imponía la normativa sobre el mercado de valores, y en concreto el art. 79 de la Ley del Mercado de Valores , provocó el error sustancial y excusable de los demandantes, lo que habría debido determinar la nulidad parcial del contrato, concretamente de la cláusula **multidivisa**.

3.- En el encabezamiento del tercer motivo se denuncia la infracción de los arts. 1101 , 1104 y 1106 del Código Civil , así como de las normas sectoriales y específicas mencionadas en el primer motivo del recurso (art. 79 de la Ley del Mercado de Valores y Real Decreto 629/1993).

En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente, que la infracción se ha producido porque la Audiencia Provincial no ha condenado a Banco Santander a indemnizar los daños y perjuicios causados a los demandantes por el incumplimiento por Banco Santander de las normas de conducta en los mercados de valores y las obligaciones contractuales adquiridas con el inversor.

TERCERO.- *Decisión del tribunal: desestimación de los motivos por concurrir causa de inadmisión. Los motivos se basan en una alteración de la base fáctica sentada en la instancia*

1.- Los tres motivos formulados parten de un presupuesto común: el banco demandado incumplió el deber de informar adecuadamente a los prestatarios demandantes de los riesgos de la hipoteca **multidivisa**, lo que determinó que estos contrataran el préstamo sin conocer los riesgos inherentes al mismo y sufrieran un quebranto patrimonial elevado como consecuencia de la devaluación del euro frente a la divisa en que se había contratado el préstamo.

2.- Para alcanzar estas conclusiones, los recurrentes parten de una base fáctica sustancialmente distinta de la sentada por las sentencias de instancia, tanto en lo relativo a su perfil como, sobre todo, a la información que les fue suministrada y para ello, imputan a la sentencia recurrida haber valorado erróneamente la prueba y partir de unos hechos incorrectamente fijados en el proceso.

3.- Así, entre otras afirmaciones, en el recurso se reprocha a la sentencia recurrida haber atribuido a los demandantes una experiencia y unos conocimientos financieros "contra lo realmente acreditado"; haber realizado afirmaciones inciertas o que entran "en contradicción con otros hechos que obran acreditados en los autos"; haber otorgado "la misma absoluta credibilidad que en la sentencia de [primera] instancia a la testifical de D. Braulio , subdirector de la sucursal que trató y contrató con los recurrentes la hipoteca **multidivisa**" a pesar de que "se trata de una prueba testifical desvirtuada con la directa relación de interés del declarante con una de las partes [...] por lo que cabe rechazar la valoración de su declaración y más cuando -obviamente- mis representados no fueron llamados a declarar al acto del juicio mediante el oportuno interrogatorio de parte"; o que la Audiencia Provincial justificara que la juez de primera instancia no tomara en consideración el informe pericial aportado por los demandantes.

4.- Asimismo, tras reprochar a la sentencia de la Audiencia Provincial que afirme que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia no se basa con carácter principal en la testifical del empleado de la demandada sino en "el conjunto de pruebas practicadas", el recurso afirma:

"Esta parte ruega a la Excm. Sala efectúe la oportuna valoración al respecto y si de tal "conjunto de pruebas" puede seguirse, como se hace en la sentencia de apelación, una completa exoneración de la entidad recurrida respecto de la información no facilitada a unos clientes minoristas e inexpertos ante un producto como el suscrito".

5.- Como resumen de todas estas alegaciones, los recurrentes afirman:

"Sirva nuestra absoluta perplejidad al respecto de tan singular valoración y aplicación de la "prueba" -valoración que, si llamamos a las cosas por su nombre, calificamos de arbitraria- como colofón del presente motivo".

6.- Debe recordarse que el recurso de casación no constituye una tercera instancia que permita exigir una revisión fáctica de las cuestiones litigiosas, como sí es posible hacer ante un tribunal de apelación. Las



infracciones legales que pueden denunciarse en este recurso lo son con relación a los hechos fijados en la sentencia recurrida, no respecto de los que el recurrente pretenda introducir mediante una revisión de la valoración probatoria realizada por el tribunal de apelación.

7.- Por las razones expuestas, el recurso de casación incurre en el defecto de la petición de principio, al erigir la denuncia casacional sobre un presupuesto distinto del establecido en la sentencia impugnada, y que la parte recurrente reputa acreditado tras valorar nuevamente la prueba practicada, desnaturalizando de ese modo este recurso.

En consecuencia, el recurso de casación debe ser desestimado.

CUARTO.- Costas y depósito

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a los recurrentes.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Juan Francisco y D.ª Delfina contra la sentencia 182/2016, de 31 de marzo, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 828/2015.

2.º- Condenar a los recurrentes al pago de las costas del recurso de casación, así como la pérdida del depósito constituido.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.