



Roj: **ATS 10848/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:10848A**

Id Cendoj: **28079110012019204389**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/10/2019**

Nº de Recurso: **1806/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Auto núm. /**

Fecha del auto: 23/10/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1806/2017

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: AUD. PROVINCIAL SECCIÓN N. 19 DE MADRID

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: CSM/rf

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1806/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Auto núm. /**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Eduardo Baena Ruiz

En Madrid, a 23 de octubre de 2019.

Esta sala ha visto

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** La representación procesal de D. Matías y D.ª Luz presentó escrito de interposición de recurso de casación y extraordinario por infracción procesal contra la sentencia dictada, con fecha 8 de marzo de 2017, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.ª) en el rollo de apelación n.º 840/2016 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 70/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Alcalá de Henares.

**SEGUNDO.-** Remitidos los autos por la Audiencia, previo emplazamiento de las partes, se han personado D. Pedro R. Ramírez Castellanos, en nombre y representación de D. Matías y D.ª Luz, en calidad de parte recurrente, y la procuradora D.ª Rocío Sampere Meneses, en nombre y representación de Bankinter S.A., en calidad de parte recurrida.

**TERCERO.-** Por providencia de fecha 17 de julio de 2019, se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión de los recursos a las partes personadas.

**CUARTO.-** Evacuado el traslado, la parte recurrida ha interesado la inadmisión de los recursos. La parte recurrente no ha realizado alegaciones.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se ha interpuesto recurso de casación por interés casacional y recurso extraordinario por infracción procesal frente a una sentencia dictada en segunda instancia en un juicio ordinario sobre nulidad parcial de un **préstamo multidivisa**.

**SEGUNDO.-** El escrito de interposición, por lo que al recurso de casación se refiere, se articula en seis motivos.

En el motivo primero se denuncia la infracción de la doctrina de esta sala sobre la consideración de este **préstamo** como un instrumento financiero derivado, con cita de los artículos 2.2 y 79.bis LMV. En el motivo segundo se denuncia la misma infracción pero invocando la existencia de jurisprudencia contradictoria de audiencias. En el motivo tercero se denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el error excusable en aplicación de los artículos 1261, 1262 y 1265 CC. En el motivo cuarto se denuncia la misma infracción pero aludiendo a la existencia de jurisprudencia contradictoria de audiencias. En el motivo quinto se denuncia la infracción de la doctrina fijada en la sentencia de 9 de mayo de 2013 y su auto de aclaración, en orden al control de transparencia aplicado a las cláusulas **multidivisa**. En el motivo sexto se denuncia la existencia de jurisprudencia contradictoria de audiencias sobre la misma cuestión.

**TERCERO.-** El recurso de casación se inadmite por falta de justificación del interés casacional que resulta inexistente ( artículos 483.2º.3.ª LEC). Los motivos que fundamentan el escrito de interposición son los mismos que analizó la sentencia 317/2019 de 4 de junio, si bien aquí se añaden dos motivos (segundo y cuarto) que pretenden justificar el presupuesto del interés casacional por existencia de jurisprudencia contradictoria de audiencias pero denunciando la mismas infracciones que las planteadas en los motivos primero y tercero. En consecuencia, el planteamiento del recurso resulta idéntico a los motivos que examinó la citada sentencia, sin olvidar que la pretendida existencia de jurisprudencia contradictoria de audiencias como presupuesto del interés casacional, cede cuando existe jurisprudencia de esta sala sobre la misma materia.

En relación a los motivos primero a cuarto del recurso de casación la sentencia 317/2019 declaró lo siguiente:

"[...]CUARTO.- *Formulación del primer motivo*

1.- El primer motivo del recurso de casación tiene este encabezamiento:

"Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, la Sentencia recurrida infringe la Doctrina jurisprudencial fijada por la Sentencia del Pleno de fecha 30 de junio de 2015 por la que determina que la hipoteca con opción **multidivisa** es un instrumento financiero derivado. Existe interés casacional porque la sentencia recurrida se opone a tal doctrina y además por existir de manera notoria fallos contradictorios entre distintas Audiencias Provinciales entre la que se encuentra la Sentencia recurrida perteneciente a la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, las sentencias también de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª) nº 41/2015 de 5 de febrero de 2015, nº 195/2015 de 11 de junio de 2015 y la nº 275/2016 de 30 de junio de 2016 y las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª) nº 182/2016 de 31 de marzo de 2016, nº 184/2016 de 31 de marzo de 2016 y nº 331/2016 de 3 de junio de 2016, de la forma que a continuación se expone. Se solicita la fijación de criterios, tras la Sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, sobre si el **préstamo** con opción **multidivisa** es un instrumento financiero derivado y por tanto incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 y art. 79.bis.8 de dicha ley estando obligada la entidad prestamista a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto



217/2008, de 15 de febrero, y, en concreto, los art. 79.bis de la Ley del mercado de Valores y el citado Real Decreto".

2.- En el desarrollo del motivo, los recurrentes alegan que la infracción de los preceptos mencionados se habría producido al considerar la Audiencia Provincial que la hipoteca **multidivisa** no es un producto derivado complejo, un instrumento financiero derivado a los efectos del art. 79.8 de la Ley del Mercado de Valores.

**QUINTO.- Decisión del tribunal: el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores**

1.- La sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso *Banif Plus Bank*, asunto C-312/14, posterior a la sentencia de esta sala 232/2015, de 30 de junio, declaró que el art. 4, apartado 1, punto 2, de dicha Directiva MiFID debe interpretarse en el sentido de que "no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de **préstamo** denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del **préstamo** sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad".

2.- Este tribunal, en su sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, asumió la doctrina sentada en la citada sentencia del TJUE y modificó la doctrina sentada en la anterior sentencia 323/2015, de 30 de junio. Así lo hemos confirmado también en las sentencias 599/2018, de 31 de octubre, y 158/2019, de 14 de marzo.

A los argumentos expresados en la citada sentencia 608/2017 nos remitimos, por ser plenamente aplicables al caso objeto de este recurso y ser innecesaria su reiteración.

**SEXTO.- Formulación del segundo motivo**

1.- El segundo motivo del recurso de casación se encabeza así:

"Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, incorrecta aplicación en la sentencia de la Doctrina jurisprudencial fijada por el Alto Tribunal sobre el error excusable de los contratos en aplicación de los artículos 1261, 1262 y 1265 del Código Civil, ya sea en relación a la Sentencia del Pleno de 20 de enero de 2014 o la Sentencia también de Pleno de 30 de junio de 2015 por considerar que el **préstamo multidivisa** es un producto financiero completo y por tanto le es de aplicación la ley de Mercado de Valores, o bien en relación a las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 18 de abril de 1978 y de 20 de noviembre de 1989 para el supuesto de que no se considere un producto financiero completo. Existe interés casacional porque la sentencia recurrida se opone a las Doctrinas opuestas pues declara que no hay error en el consentimiento".

2.- En el desarrollo del motivo, los recurrentes alegan que la sentencia de la Audiencia Provincial ha infringido la doctrina jurisprudencial existente sobre los citados preceptos legales, reguladores de la anulación del contrato por error vicio del consentimiento, tanto si se considera que el **préstamo** hipotecario en divisas es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores como si se considera lo contrario.

**SÉPTIMO.- Decisión del tribunal: desestimación del motivo**

1.- El motivo ha de ser desestimado, por diversas razones.

La primera es que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la acción de anulación por error vicio, sin que los demandantes recurrieran dicho pronunciamiento. Es jurisprudencia reiterada la que afirma que, aunque los demandantes vean estimada una pretensión subsidiaria, la desestimación de la pretensión principal supone un gravamen que les legitima para recurrir la sentencia.

Al no haberlo hecho, ese pronunciamiento no puede ser ahora cuestionado en el recurso de casación.

2.- Con la anterior razón bastaría para desestimar el motivo. Además, respecto de los argumentos que justifican la existencia de error vicio por ser aplicable la normativa reguladora del mercado de valores, procede remitirse a lo expuesto al resolver el anterior motivo del recurso. Y, por último, como argumento de refuerzo, el motivo no podría nunca ser estimado porque el error sobre los riesgos asumidos por un contratante, en cuanto fuera relevante, además de excusable, podría dar lugar a la nulidad de la totalidad del contrato, pero no a la nulidad parcial, que afectara solo a algunas cláusulas. Así lo hemos declarado en sentencias como las 450/2016, de 1 de julio, 366/2017, de 8 de junio, 4/2019, de 9 de enero.[...]"

En relación a los motivos quinto y sexto, en los que no se cita precepto infringido, la precitada sentencia establece:

"[...] **OCTAVO.- Formulación de los motivos tercero y cuarto**



1.- El tercer motivo se encabeza con este epígrafe:

"al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, la sentencia recurrida infringe la Doctrina jurisprudencial fijada por la Sentencia del Pleno nº 241/2013 de fecha 9 de mayo de 2013 y el Auto que la aclara de fecha 3 de junio de 2013 por la que se establece que a pesar de que una cláusula sea definitoria del objeto principal se puede controlar si su contenido es abusivo. Se solicita la fijación de criterios sobre si la opción **multidivisa**, es una condición general de la contratación y como tal ha de estar sometida al doble filtro de transparencia".

2.- En el desarrollo del motivo, se alega que existe interés casacional porque la sentencia recurrida infringe la jurisprudencia, y a tal efecto, reproduce los pasajes que considera más relevantes de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y concluye que ha de dictarse una sentencia en la que se declare que la opción **multidivisa**, como tal, es una condición general de la contratación y, a pesar de ser esencial, es susceptible de ser sometida al doble control de transparencia.

3.- El epígrafe que encabeza el motivo cuarto del recurso de casación tiene este contenido:

"Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, incorrecta aplicación en la sentencia recurrida de los efectos tras la declaración de nulidad de la cláusula **multidivisa**. Interés casacional por existir fallos contradictorios entre la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid (sentencia recurrida y sentencia nº 338/2015, de 30 de septiembre de 2015), Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona ( Sentencia nº 420/2015 de fecha 29 de octubre de 2016 y sentencia nº 144/2016 de 16 de marzo de 2016) y la Sección Decimoprimeras de la Audiencia Provincial de Madrid ( Sentencia nº 365/2016 de 24 de mayo de 2016 y Sentencia nº 232/2016 de fecha 18 de mayo de 2016) entre otras, de la forma que a continuación se expone. Se solicita la fijación de criterios sobre posible pervivencia del contrato redenido en euros tras la declaración de nulidad de la cláusula **multidivisa**",

4.- En el desarrollo del motivo se exponen varias sentencias dictadas por distintas Audiencias Provinciales cuyo carácter contradictorio justificaría el interés casacional, tras lo que afirma que la posibilidad de decretar la nulidad parcial o anulabilidad del contrato solo en lo referido a los contenidos relacionados con la **multidivisa** ha sido admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TJUE.

**NOVENO.- Decisión del tribunal: desestimación de los motivos**

1.- Según hemos dicho, entre otras, en las sentencias 108/2017, de 17 de febrero o 91/2018, de 19 de febrero, el recurso de casación, conforme al art 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de basarse en una concreta infracción de una determinada norma jurídica aplicable en la resolución de las cuestiones objeto de infracción. Es esencial identificar esa norma jurídica infringida al exponer el motivo de casación. Como afirmamos en la sentencia 399/2017, de 27 de junio:

"Constituye una exigencia mínima de la formulación de los motivos de casación, como hemos recordado recientemente en el acuerdo sobre los criterios de admisión de los recursos de casación, que se identifique con claridad la norma infringida. No hacerlo así, además de que impide pueda cumplirse la finalidad del recurso, confunde la casación con una nueva revisión del caso como si de una tercera instancia se tratara".

Ello responde a que en un recurso extraordinario como es el de casación, no es posible que sea la Sala la que, supliendo la actividad que la regulación de tal recurso atribuye a la parte, investigue si el agravio denunciado deriva de una infracción sustantiva, identifique la norma vulnerada y construya la argumentación del recurso a fin de precisar en qué y por qué resulta infringido el derecho aplicable a la decisión del caso.

2.- De ahí que esta sala haya venido insistiendo en que es esencial identificar esa norma jurídica infringida al formular el encabezamiento del motivo de casación, pues la referencia a la existencia de oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o de jurisprudencia contradictoria en las Audiencias Provinciales, serviría para justificar el interés casacional, pero eso no es propiamente el motivo del recurso, sino un requisito de su admisión a trámite, estando el verdadero motivo en el "conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso" (entre otras, sentencias 220/2017, de 4 de abril, 338/2017, de 30 de mayo, y 380/2017, de 14 de junio).

3.- Aplicada tal doctrina estos dos últimos motivos, el simple examen de los motivos lleva a la conclusión de que han de ser desestimados por inadmisibles. Los motivos consisten en un conjunto de alegaciones que no responden a la estructura propia de un recurso de casación, sin que siquiera se cite o identifique en el encabezamiento la norma legal que se considera infringida. Lo que implica la concurrencia de la causa de inadmisión prevista en el artículo 483.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se convierte, en este momento procesal, en causa de desestimación del recurso ( sentencias de esta sala 72/2009, de 13 de febrero; 33/2011, de 31 de enero; 564/2013, de 1 de octubre; 25/2017, de 18 de enero; 108/2017, de 17 de febrero; y 146/2017, de 1 de marzo)[...]."



**CUARTO.-** La inadmisión del recurso de casación comporta la improcedencia del recurso extraordinario por infracción procesal, formulado de forma conjunta, por aplicación de la disposición final 16.<sup>a</sup>.1.5<sup>a</sup>.II LEC.

**QUINTO.-** Consecuentemente procede declarar inadmisibles los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, declarando firme la Sentencia, de conformidad con lo previsto en los arts. 473.2º y 483.4 LEC, cuyos siguientes apartados, el 3 y el 5, respectivamente, deja sentado que contra este Auto no cabe recurso alguno.

**SEXTO.-** Abierto el trámite de puesta de manifiesto contemplado en los arts. 473.2 y 483.3 de la LEC y presentado escrito de alegaciones por la parte recurrida procede imponer las costas a la parte recurrente, que perderá el depósito constituido.

## **PARTE DISPOSITIVA**

### **LA SALA ACUERDA:**

1.º) Inadmitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Matías y Luz contra la sentencia dictada, con fecha 8 de marzo de 2017, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.<sup>a</sup>) en el rollo de apelación n.º 840/2016 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 70/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Alcalá de Henares.

2.º) Declarar firme dicha sentencia.

3.º) Imponer las costas a la parte recurrente, con pérdida del depósito constituido.

Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia, llevándose a cabo la notificación de la presente resolución por este Tribunal a las partes comparecidas ante esta Sala.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.