



Roj: **ATS 12695/2018 - ECLI:ES:TS:2018:12695A**

Id Cendoj: **28079110012018204464**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/11/2018**

Nº de Recurso: **3490/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **AUTO**

Fecha del auto: 28/11/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3490 /2016

Ponente: Excm. Sra. D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4 DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

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

Transcrito por: DVG/P

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3490/2016

Ponente: Excm. Sra. D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **AUTO**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 28 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Angeles Parra Lucan.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La representación procesal de D. Nicolas presentó escrito de interposición de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal contra la sentencia dictada, con fecha 14 de julio de 2016,



por la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 4.ª) en el rollo de apelación núm. 509/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 21/2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Las Palmas de Gran Canaria.

**SEGUNDO.-** Remitidos los autos por la audiencia, previo emplazamiento de las partes, se ha personado la procuradora D.ª María José Bueno Ramírez, en nombre y representación de Banco Popular Español S.A., en calidad de parte recurrida y la procuradora D.ª Sharon Rodríguez de Castro Rincón, en nombre y representación de D. Nicolas , en calidad de parte recurrente.

**TERCERO.-** Por providencia de fecha 10 de octubre de 2018, se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal y de los motivos primero, segundo, tercero y cuarto del recurso de casación a las partes personadas.

**CUARTO.-** Dentro del plazo concedido la parte recurrente ha presentado escrito de alegaciones en el que muestra su disconformidad con las posibles causas de inadmisión puestas de manifiesto, mientras que la parte recurrida ha presentado escrito en el que muestra su conformidad con las mismas.

**QUINTO.-** Por la parte recurrente se han efectuado los depósitos para recurrir exigidos por la disposición adicional 15.ª de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se ha interpuesto recurso de casación y extraordinario por infracción procesal frente a una sentencia dictada en segunda instancia, en el seno de un juicio ordinario en cuya demanda se solicitaba la nulidad del clausulado relativo al pago en divisas de un préstamo hipotecario. El procedimiento se sustanció por razón de la cuantía, inferior a 600.000 euros, por lo que el cauce adecuado para acceder a la casación es el previsto en el ordinal 3.º del art. 477.2 LEC; la recurrente ha utilizado la vía casacional adecuada.

**SEGUNDO.-** El recurso extraordinario por infracción procesal se articula en dos motivos, al amparo del ordinal 2.º y 4.º del art. 469.1 LEC.

El primer motivo se encabeza del siguiente modo:

"Primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal con base en el artículo 469.1.4º de la LEC, por vulneración, en el proceso civil, de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, por infracción del artículo 386.1 de la LEC, que regula la prueba de presunciones en el proceso civil, ocasionando una efectiva indefensión a esta parte recurrente: Es errónea la valoración de los medios de prueba realizada por la Sala de Apelación."

El motivo se basa en la inadecuada valoración de la prueba que efectúa la audiencia al presumir que el cambio de divisas efectuado presupone el conocimiento del funcionamiento del producto.

El segundo motivo se encabeza del siguiente modo:

"De la vulneración del artículo 469.1.2 de la LEC relativo a la infracción de normas reguladoras de la sentencia."

En el motivo se plantea que la sentencia recurrida ofrece un fallo con una resolución extra petita así como que se ha producido una vulneración del principio de la "reformatio in peius" ya que en primera instancia se declaró probada la falta de transparencia, pronunciamiento que se minora en segunda instancia.

El recurso de casación se articula en cinco motivos, al amparo del ordinal tercero del art. 477.2.

El motivo primero se encabeza del siguiente modo:

"Al amparo del artículo 477.3 de la LEC, porque el recurso presenta interés casacional al infringir la Sentencia de la Audiencia Provincial el artículo 2.2 de la LMV y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto, la Sentencia nº 323/2015, de 30 de junio de 2015, recurso 2780/2013."

En el motivo se mantiene, de acuerdo con la doctrina de esta sala contenida en la STS 323/2015, de 30 de junio, que nos encontramos ante un instrumento financiero.

El segundo motivo se encabeza del siguiente modo:

"Al amparo del artículo 477.3 de la LEC, porque la Sentencia recurrida infringe el artículo 79 de la LMV y el artículo 5 del Código General de Conducta (en adelante "CGC") anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios (en adelante Real Decreto 629/1993)."

El motivo se basa en los deberes de información de las entidades bancarias en la contratación de productos financieros.

El motivo tercero se encabeza del siguiente modo:

"Al amparo del artículo 477.3 de la LEC, porque la Sentencia recurrida infringe amparo del artículo 4 del CGC anexo al Real Decreto 629/1993."

El motivo se basa en la infracción de las normas sobre mercado de valores.

El motivo cuarto se encabeza del siguiente modo:

"Al amparo del artículo 477 de la LEC, porque la Sentencia recurrida infringe los artículos 259 del Código de Comercio, relativos al contrato de comisión mercantil y el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores".

Se insiste en los deberes de información de las entidades comercializadoras de productos financieros.

El motivo quinto se encabeza del siguiente modo:

"Al amparo del artículo 477.1 de la LEC, porque la Sentencia recurrida infringe la Ley de 26/1984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y el artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación".

En el motivo se plantea que el demandante-recurrente es un consumidor y que en el presente caso no se ha respetado principio de transparencia, al no haberse informado al cliente de la naturaleza del producto, de sus verdaderos riesgos y de la enorme trascendencia que tiene para el contrato.

**TERCERO.-** Tras el examen del recurso de casación, los motivos primero, segundo tercero y cuarto se inadmiten por inexistencia de interés casacional al existir jurisprudencia de la sala que resuelve en sentido contrario al pretendido por la parte recurrente ( art. 483.2.4º de la LEC).

En efecto, los cuatro primeros motivos de casación se basan en la infracción de la normativa sobre mercado de valores y de los deberes de información de las entidades financieras, al considerar que la **hipoteca en divisa extranjera** litigiosa es un producto financiero, interpretación esta acorde con la sentencia de esta Sala 323/2015 de 30 de junio, que consideró que la **hipoteca** multidivisa es un instrumento financiero derivado. Sin embargo, esta doctrina quedó superada por la más reciente sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, dictada tras la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso *Banif Plus Bank*, asunto C-312/14 y que, en aplicación de esta última concluye lo siguiente:

"[...]3.- Los argumentos que sirvieron de fundamento a esta decisión del TJUE fueron, sucintamente, que en la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas, las operaciones controvertidas en el litigio principal no se encuentran comprendidas en dicha sección A de la Directiva MiFID (apartado 55). Estas operaciones se limitan a la conversión, sobre la base del tipo de cambio de compra o de venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa (moneda de cuenta) a la moneda nacional (moneda de pago) (apartado 56). Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario. La finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa (apartado 57).

"Tampoco estarían comprendidas en el concepto de "negociación por cuenta propia" al que se refiere la sección A, punto 3, del anexo I de la Directiva MiFID (apartado 58) ni forman parte de la categoría de "servicios auxiliares" del anexo I, sección B, de la Directiva MiFID (apartado 62), pues esto solo sucedería si el crédito o el préstamo se concede a un inversor para la realización de una operación en uno o varios instrumentos financieros, cuando la empresa que concede el crédito o préstamo participa en la operación (apartado 63) y tales operaciones de cambio no están vinculadas a un servicio de inversión (apartado 67), ni se refieren a uno de los instrumentos financieros del anexo I, sección C, de dicha Directiva (apartado 68).

"Además, en un contrato de préstamo denominado en divisas no puede distinguirse entre el contrato de préstamo propiamente dicho y una operación de futuros de venta de divisas, por cuanto el objeto exclusivo de esta es la ejecución de las obligaciones esenciales de este contrato, a saber, las de pago del capital y de los vencimientos, entendiéndose que una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero (apartado 71).

"Por tanto, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente



una modalidad indisociable de ejecución de éste (apartado 72), lo que diferenciaría este supuesto del que fue objeto de la sentencia de 30 de mayo de 2013, caso *Genil 48 S.L.*, asunto C-604/2011 (apartado 73).

"Por último, el valor de las divisas que debe tenerse en cuenta para el cálculo de los reembolsos no se determina de antemano, dado que se realiza sobre la base del tipo de venta de estas divisas en la fecha del vencimiento de cada mensualidad (apartado 74)[...]."

En la medida en que el recurso no encuentra apoyo en la reciente doctrina de la Sala sobre la materia controvertida, los cuatro primeros motivos han de resultar inadmitidos al no existir en este momento interés casacional que justifique la admisión de los mismos.

El motivo quinto, por el contrario, ha de resultar admitido al plantear una cuestión jurídica formalmente correcta.

Una vez verificada la admisión del motivo quinto del recurso de casación procede examinar la admisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal.

Pues bien, el mismo debe ser inadmitido en sus dos motivos por carencia manifiesta de fundamento ( art. 473.2.2.º LEC) por las siguientes razones:

a) El motivo primero, en el que invoca la recurrente una suerte de error patente en la valoración de la prueba, ya que la conclusión presuntiva que alcanza la sentencia no es conforme a derecho, porque lo que está planteando realmente no es ninguna infracción procesal sino un desacuerdo con la conclusión de la audiencia que entiende que el cliente tomó conocimiento [cuando efectuó el cambio de divisa] de la verdadera naturaleza y riesgos del producto. La conclusión de que el cliente conocía o estaba en condiciones de conocer el verdadero riesgo de la **hipoteca** multidivisa no se trata de un error patente en la valoración de la prueba, que abriría la vía excepcional del recurso extraordinario por infracción procesal ( SSTS de 18 de junio de 2006, RC núm. 2506/2004, 8 de julio de 2009, RC núm. 693/2005, 30 de junio de 2009, RC núm. 1889/2006, 17 de diciembre de 2009, RC núm. 1960/2005 y 7 de junio de 2010, RIP núm. 782/2006), sino de una cuestión jurídica, encuadrable dentro del recurso de casación. Por ello, el motivo ha de ser inadmitido al carecer manifiestamente de fundamento.

b) El motivo segundo, en el que se plantea tanto una suerte de incongruencia "extra petita" como la infracción del principio de la "reformatio in peius", ha de correr la misma suerte inadmisoria; en primer lugar por mezclar infracciones diferentes en el mismo motivo (además, respecto de la primera de ellas, sin invocar precepto alguno como infringido), lo que genera ambigüedad en el motivo e impide a la Sala precisar dónde se encuentra la infracción y en segundo lugar porque difícilmente puede hablarse de "reformatio in peius" en apelación cuando la sentencia de primera instancia ya había desestimado la demanda. A estos efectos, dispone la STS 492/2017 de 13 de septiembre que:

"La sentencia de la Audiencia Provincial no ha incurrido en una reforma peyorativa, puesto que el fallo se limita a desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Gobierno de Gibraltar. Por tanto, la sentencia de apelación no empeora la situación jurídica del recurrente por el hecho de apreciar su falta de capacidad. La situación es la misma (ha visto desestimada su pretensión de rectificación de la información) aunque se hayan dado nuevas razones para justificarla."

Por lo expuesto, el recurso extraordinario por infracción procesal ha de resultar inadmitido.

**CUARTO.-** Consecuentemente, en atención a lo expuesto procede declarar admisible el motivo quinto del recurso de casación al concurrir los presupuestos y requisitos legalmente exigidos e inadmisibles tanto los motivos primero, segundo, tercero y cuarto del recurso de casación como el recurso extraordinario por infracción procesal en su integridad.

**QUINTO.-** Abierto el trámite de puesta de manifiesto contemplado en los arts 483.3 y 473.2 LEC y presentado escrito de alegaciones por la parte recurrida personada procede imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente, así como la pérdida del depósito constituido.

**SEXTO.-** De conformidad y a los fines dispuestos en los arts. 485 y 474 LEC, la parte recurrida podrá formalizar su oposición al motivo quinto del recurso de casación admitido por escrito en el plazo de veinte días desde la notificación de este auto.

## PARTE DISPOSITIVA

### LA SALA ACUERDA:

1.º) Inadmitir los motivos primero, segundo, tercero y cuarto del recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D. Nicolas contra la sentencia dictada con fecha 14 de julio de 2016, por la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 4.ª) en el rollo de apelación



núm. 509/2015 dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 21/2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Las Palmas de Gran Canaria.

2.º) Admitir el motivo quinto del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Nicolas contra la citada sentencia.

3.º) Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente, quien perderá el depósito constituido para recurrir.

4.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte o partes recurridas formalicen por escrito su oposición al motivo quinto del recurso de casación. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaria.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ