



Roj: **STS 1970/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1970**

Id Cendoj: **28079110012019100318**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/06/2019**

Nº de Recurso: **3442/2016**

Nº de Resolución: **317/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 11999/2016,**  
**STS 1970/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 317/2019**

Fecha de sentencia: 04/06/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3442/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/05/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección Décima

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

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3442/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 317/2019**

Excmos. Sres.

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 4 de junio de 2019.



Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 461/2016, de 22 de septiembre dictada en grado de apelación por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario 37/2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada, sobre nulidad de cláusula multidivisa de préstamo hipotecario en divisas.

Los recursos fueron interpuestos por D. Mariano y D.<sup>a</sup> Antonia, representados por la procuradora D.<sup>a</sup> Inmaculada Osset Pérez-Olagüe y bajo la dirección letrada de D. Jaime Concheiro Fernández.

Es parte recurrida Kutxabank S.A., representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Raquel Lidia Santos Fernández y bajo la dirección letrada de D. Iñigo Barrutia Olasolo.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Inmaculada Osset Pérez-Olagüe, en nombre y representación de D. Mariano y D.<sup>a</sup> Antonia, interpuso demanda de juicio ordinario contra Kutxabank S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] en la que:

" 1. Se declare la anulabilidad o nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario en todos los contenidos referentes a la opción multidivisa, declarando la subsistencia del contrato si el mismo hubiese sido otorgado en euros.

" 2. Se condene a recalcular el cuadro de amortización con la cantidad prestada en euros y aplicando el tipo de interés pactado en la escritura más el diferencial estipulado.

" 3. Tras el cálculo anterior, se condene a la entidad a tener en cuenta los pagos realizados por mi representado hasta la fecha en que se dicte sentencia y, en la parte que excedan de las cuotas comprensivas de capital e intereses que correspondería con arreglo al nuevo cuadro de amortización, más los intereses legales que correspondan, dichos importes sean objeto de restitución a mi representado, y en el caso de que en alguna cuota la cantidad pagada por mi representado sea inferior a la determinada en euros, la diferencia más los intereses legales que correspondan, sea satisfecha también por mi representado.

" O bien, subsidiariamente, que la cantidad resultante anterior se aplique a reducir el importe pendiente de amortización del préstamo.

" 3. Todo ello, con imposición, en caso de oposición, de las costas causadas a la parte demandada".

2.- La demanda fue presentada el 26 de enero de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada, fue registrada con el núm. 37/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.<sup>a</sup> Raquel Lidia Santos Fernández, en representación de Kutxabank 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, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada, dictó sentencia 92/2016, de 19 de abril, con la siguiente parte dispositiva:

"Que debo estimar y estimo la demanda, y en su virtud dictar los siguientes pronunciamientos:

" Primero.- Declarar la nulidad de la denominación del préstamo en divisa extranjera y la cláusula de amortización anticipada obligatoria; denominándose el contrato en euros y aplicándose el tipo de interés pactado para el contrato denominado en euros; manteniendo el contrato su eficacia excepto por la eliminación de las condiciones generales declaradas nulas.

" Segundo.- Condenar a Kutxabank, S.A. a liquidar parcialmente la relación hasta la fecha de esta sentencia, recalculando el cobro de amortización desde el inicio del préstamo, con arreglo al pronunciamiento anterior, restituyendo el exceso abonado por los demandantes o complementando los demandantes el déficit no abonado, con intereses calculados en la forma explicada en el Fundamento VI antecedente.

" Tercero.- Condenar al pago de las costas a la parte demandada".

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Kutxabank S.A. La representación de D. Mariano y D.<sup>a</sup> Antonia se opusieron al recurso.



2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 841/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 461/2016, de 22 de septiembre, cuyo fallo dispone:

"Que con estimación del recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Raquel Lidia Santos Fernández, en representación de la entidad mercantil Kutxabank SA frente a la sentencia dictada el día diecinueve de abril de dos mil dieciséis en los autos a que el presente rollo se contrae, debemos revocar y revocamos la resolución indicada, la que dejamos sin efecto y, en consecuencia, inacogiendo la demanda formulada por D. Mariano y Antonia frente a la entidad apelante, absolvemos a la misma, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas en esta instancia.

" La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial".

**TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación**

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Inmaculada Osset Pérez-Olagüe, en representación de D. Mariano y D.<sup>a</sup> Antonia, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Único.- Al amparo del artículo 469.1.4<sup>o</sup> de la LEC, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española y los artículos 316, 326 y 376 de la LEC y la jurisprudencia que los desarrolla, y que se cita en el presente motivo, respecto a la práctica de la prueba y la consiguiente valoración de la misma, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de razonabilidad constitucionalmente exigible".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3<sup>o</sup> 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 19<sup>a</sup>) n<sup>o</sup> 41/2015 de 5 de febrero de 2015, n<sup>o</sup> 195/2015 de 11 de junio de 2015 y la n<sup>o</sup> 275/2016 de 30 de junio de 2016 y las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9<sup>a</sup>) n<sup>o</sup> 182/2016 de 31 de marzo de 2016, n<sup>o</sup> 184/2016 de 31 de marzo de 2016 y n<sup>o</sup> 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".

"Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3<sup>o</sup> 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".

"Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.3<sup>o</sup> de la LEC, la sentencia recurrida infringe la Doctrina jurisprudencial fijada por la Sentencia del Pleno n<sup>o</sup> 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 definitiva 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".



"Cuarto.- 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 Decimoprimer 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 redenominado en euros tas la declaración de nulidad de la cláusula multidivisa".

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 30 de enero de 2019, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Kutxabank S.A. se opuso a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 29 de mayo de 2019, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- D. Mariano y Dª Antonia interpusieron una demanda contra Kutxabank S.A. en la que ejercitaron una acción de anulación parcial del contrato por error del consentimiento y, subsidiariamente, una acción de nulidad de condiciones generales del contrato. Las cláusulas del contrato a las que iban referidas tales acciones eran la de denominación del préstamo en divisa extranjera y la de amortización anticipada en caso de variación de la divisa en más de determinado porcentaje. En su demanda, consideraron que era aplicable la normativa reguladora del mercado de valores en tanto que establecía unos determinados deberes de información por parte de la entidad financiera, que habían sido incumplidos, determinando el error en el consentimiento así como la falta de transparencia de las cláusulas cuestionadas.

2.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia consideró inaplicable la normativa del mercado de valores, por no ser el préstamo hipotecario en divisas un instrumento financiero al que fuera aplicable esa normativa, pero consideró aplicable la normativa de protección de los consumidores.

Asimismo, desestimó la acción de anulación por error vicio pero consideró que, al no haber informado la entidad financiera de los principales riesgos del préstamo hipotecario en divisas, las cláusulas cuestionadas no superaban el control de transparencia material, por lo que estimó la demanda.

3.- Kutxabank apeló la sentencia y la Audiencia Provincial estimó el recurso, por lo que desestimó la demanda.

Como primer argumento, entendió que no podía sustituirse la cláusula supuestamente abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional de modo que quedara subsistente el contrato como si el mismo hubiera sido otorgado en euros.

Consideró asimismo que el Juzgado de Primera Instancia había errado al considerar al préstamo multidivisa como instrumento financiero.

Entendió que al haber partido de los demandantes la iniciativa de la contratación del préstamo hipotecario en divisas y ser suficientes las explicaciones que se les dieron sobre los riesgos del producto, no procedía la estimación de las pretensiones de la demanda.

4.- Los demandantes han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, basado en un motivo, y un recurso de casación, basado en cuatro motivos, todos los cuales han sido admitidos a trámite.

### Recurso extraordinario por infracción procesal

#### SEGUNDO.- *Formulación del recurso extraordinario por infracción procesal*

1.- El único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza así:

"Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC , en relación con el artículo 24 de la Constitución Española y los artículos 316 , 326 y 376 de la LEC y la jurisprudencia que los desarrolla, y que se cita en el presente motivo, respecto a la práctica de la prueba y la consiguiente valoración de la misma, al llevarse a cabo por la



sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de racionalidad constitucionalmente exigible".

2.- En el desarrollo del motivo, los recurrentes examinan las consecuencias que la sentencia recurrida extrae de los hechos que resultan probados por las pruebas testificales, de interrogatorio de parte y documentales, y concluyen que la infracción del art. 24 de la Constitución viene determinada por "la irracional consecuencia jurídica que la Sentencia recurrida extrae de los hechos declarados probados".

Asimismo, cuestionan la trascendencia que se otorga a la declaración testifical del director de la sucursal de Kutxabank en la que contrataron el préstamo, pues se opondría a lo declarado en la sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, dictada por esta sala .

### **TERCERO.- Decisión del tribunal: desestimación del motivo**

1.- El resumen que los propios recurrentes hacen de los argumentos de su impugnación muestra lo incorrecto del planteamiento. La valoración de la prueba que puede impugnarse en el recurso extraordinario por infracción procesal, por el cauce del número 4 del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y como infracción del art. 24 de la Constitución , es la actividad valorativa del resultado de la práctica de determinado medio probatorio que sirve para fijar los hechos que se consideran probados y sobre los que se aplicarán las consecuencias jurídicas pertinentes. Pero la valoración jurídica de los hechos que resultan probados (como sería, por ejemplo, si la información suministrada se ajusta a los estándares legalmente exigibles, o la valoración y trascendencia que se da al perfil de los demandantes) es una valoración jurídica de naturaleza sustantiva, no procesal, que solo puede ser cuestionada en el recurso de casación.

2.- Lo anterior queda corroborado por el hecho de que los recurrentes parten sustancialmente de los mismos hechos de los que parte la sentencia de la Audiencia Provincial, pero extraen consecuencias jurídicas distintas en cuanto a la normativa aplicable, a la suficiencia y adecuación de la información suministrada, especialmente en cuanto a los riesgos que debían ser objeto de la información suministrada, a la capacidad de comprensión de los demandantes, habida cuenta de su perfil, y, en definitiva, a si concurren los requisitos necesarios para determinar si ha existido error vicio o si se ha superado el control de transparencia.

3.- Respecto de la arbitrariedad en la valoración de la prueba consistente en haber dado importancia trascendental a la declaración testifical del director de la sucursal, la invocación de la sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015 , para fundamentar la impugnación, no es correcta.

4.- En aquella sentencia, pusimos de manifiesto que, puesto que habíamos revocado la sentencia de la Audiencia Provincial y debíamos asumir la instancia y resolver el recurso de apelación, al actuar como órgano de instancia en la resolución del recurso de apelación, teníamos facultades plenas de revisión no solo de las cuestiones jurídicas planteadas en el recurso, sino también de las fácticas, razón por la cual podíamos realizar una revisión plena de la valoración de la prueba, sin estar constreñidos por las estrictas limitaciones que en esta materia son propias del recurso extraordinario por infracción procesal.

5.- En el recurso de apelación, la Audiencia Provincial puede revisar con toda amplitud la valoración de la prueba que se hizo en primera instancia, cuando esa valoración haya sido impugnada en el recurso de apelación, de modo que a pesar de que la valoración de la prueba hecha por el juez de primera instancia no haya sido arbitraria o ilógica ni constitutiva de un error patente, la Audiencia Provincial puede sustituir esa valoración por la que considere más conveniente.

6.- Sin embargo, el recurso extraordinario por infracción procesal no constituye una tercera instancia. Para que un error en la valoración de la prueba, o el carácter ilógico o arbitrario de tal valoración, tengan relevancia para la estimación de un recurso extraordinario de infracción procesal, con fundamento en el art. 469.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , esas deficiencias deben ser de tal magnitud que vulneren el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución .

7.- La jurisprudencia constitucional identificó los requisitos de necesaria concurrencia para que quepa hablar de una vulneración de la tutela judicial efectiva por la causa que examinamos y se refirió, en particular, a que el error debe ser patente, es decir, "inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia".

Para que haya arbitrariedad en la valoración de la prueba, la decisión debe ser una simple expresión de la voluntad, sin fundamento en razón material o formal alguna.

8.- Las normas de valoración de la prueba testifical no son idóneas para sustentar el recurso extraordinario por infracción procesal, por ser de libre valoración, salvo supuestos de arbitrariedad o error patente (sentencias 746/2009, de 13 de noviembre; y 215/2013 bis, de 8 de abril). Esta arbitrariedad o error patente no concurren



simplemente por el hecho de que la Audiencia Provincial haya decidido conceder credibilidad a la declaración de un determinado testigo. Que esta sala, cuando ha actuado como tribunal de instancia, haya podido optar por otra solución en un caso diferente no convierte en arbitraria, ilógica o constitutiva de error patente una solución diferente.

**9.-** Como argumento complementario, la trascendencia que la Audiencia Provincial da a esa prueba testifical es la de tomarla en consideración en una valoración conjunta de la prueba, junto con la de interrogatorio de parte y documental.

**10.-** Por otra parte, en línea con lo que hemos manifestado al inicio de este fundamento, lo que cuestionan los recurrentes respecto de esta prueba testifical no es propiamente su valoración, esto es, los hechos que resultan fijados al valorar la declaración del testigo, sino las consecuencias jurídicas que de tales hechos extrae la Audiencia Provincial, lo que, como hemos dicho, no puede denunciarse en el recurso extraordinario por infracción procesal por el cauce del art. 469.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino en el recurso de casación, por tratarse de valoraciones jurídicas sustantivas.

### **Recurso de casación**

#### **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 .

**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 definitiva 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 Decimoprimera 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).

4.- A ello no obsta que en su día el recurso fuera admitido a trámite, dado el carácter provisorio de dicha admisión inicial, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia (sentencias 97/2011, de 18 de febrero; 548/2012, de 20 de septiembre; y 109/2017, de 17 de febrero). El Tribunal Constitucional ha afirmado en numerosas resoluciones que "la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos" (por todas, SSTC 32/2002, de 11 de febrero; 204/2005, de 18 de julio; 237/2006, de 17 de julio; 7/2007, de 15 de enero; 28/2011, de 14 de marzo; 29/2011 de 14 de marzo; 69/2011, de 16 de mayo; y 200/2012, de 12 de noviembre).

5.- Por agotar el razonamiento, el tercer motivo no podría ser estimado porque la Audiencia Provincial no ha desestimado la demanda porque niegue que las cláusulas cuestionadas sean condiciones generales de la contratación que deban ser objeto del control de transparencia, razón por la cual la impugnación formulada en el motivo no afecta a la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida.

6.- Y en cuanto al cuarto motivo, solo sería estimable si se hubiera reconocido la concurrencia de la causa de nulidad pero no se hubieran acordado los efectos que le son propios. En tanto que la Audiencia Provincial ha declarado que las circunstancias concurrentes impiden declarar la nulidad de las cláusulas relativas a la divisa, el cuarto motivo del recurso es irrelevante.

#### **DÉCIMO** .- *Costas y depósitos*

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 de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos 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 los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por D. Mariano y D.ª Antonia contra la sentencia 461/2016, de 22 de septiembre, dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 841/2016 .

2.º- Condenar a los recurrentes al pago de las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, así como a la pérdida de los depósitos constituidos.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ