



Roj: **STS 3004/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3004**

Id Cendoj: **28079110012020100464**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/09/2020**

Nº de Recurso: **4041/2017**

Nº de Resolución: **490/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 5462/2017,**
STS 3004/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 490/2020

Fecha de sentencia: 24/09/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 4041/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/09/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.^a

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

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 4041/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 490/2020

Excmos. Sres.

D. **Ignacio Sancho Gargallo**

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 24 de septiembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona. Es parte recurrente Sandra , representada por la procuradora María Jesús Sanz Peña y bajo la dirección letrada de José Antonio Lorenzo Carballo. Es parte recurrida la entidad Banco de Santander SA, representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de Pablo Cazorla González-Serrano.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Judith Moscatel Vivet, en nombre y representación de Sandra , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona, contra la entidad Banco de Santander SA, para que se dictase sentencia por la que:

"1º.- Se declare la nulidad de las estipulaciones Segunda, Segunda bis, Cuarta, Quinta, Séptima, Decimotercera, Decimocuarta y cuantas otras hagan referencia o mencionen la divisa "yen japonés" en vez de la moneda de curso legal "euro", del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 13 de febrero de 2008, autorizado por el Notario D. Pere Pineda Masip mediante instrumento notarial con número de protocolo 251.

"2º.- Se condene a la entidad demandada a recalcular los pagos efectuados por mi mandante en relación a dicho préstamo, convirtiendo el capital inicial y demás magnitudes económicas en euros *ab initio* (asumiendo como válida la cotización del yen frente al euro, según precio comprador, del día de otorgamiento de la escritura de préstamo), tomando como referencia durante los periodos de interés variable el Euribor, de acuerdo con los parámetros contenidos en la cláusula 4.2.bís del referido contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

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

2. El procurador Ildelfonso Lago Pérez, en representación de Banco de Santander Central Hispano SA, contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"por la que desestime íntegramente todas las pretensiones deducidas en el escrito de demanda de la parte actora, con expresa imposición de costas a dicha parte."

3. El Juzgado de Primera de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona dictó sentencia con fecha 13 de mayo de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Desestimo íntegramente la demanda interpuesta por Dña. Sandra contra la entidad Banco de Santander, S.A. absolviendo a ésta de la reclamación formulada contra ella.

"Se imponen las costas del procedimiento a la parte actora."

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación procesal de Sandra .

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia de fecha 23 de junio de 2017 con la siguiente parte dispositiva:

"Fallamos: Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Sandra contra la resolución del Juzgado Mercantil núm. 2 de Barcelona de fecha 13 de mayo de 2016, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se revoca parcialmente en cuanto a las costas, que no se imponen a ninguna de las partes ni en primera instancia ni en segunda."

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. La procuradora Judith Moscatel Vivet, en representación de Sandra , interpuso recurso de casación ante la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción por aplicación indebida del art. 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

"2º) Infracción por aplicación indebida del art. 1266 CC."



2. Por diligencia de ordenación de 20 de septiembre de 2017, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.
3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente Sandra , representada por la procuradora María Jesús Sanz Peña; y como parte recurrida la entidad Banco de Santander SA, representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo.
4. Esta sala dictó auto de fecha 29 de enero de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:
"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Sandra contra la sentencia dictada, el día 23 de junio de 2017, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), en el rollo de apelación n.º 444/2016, dimanante del juicio ordinario n.º 166/2015 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona."
5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Santander SA, presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.
6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de septiembre de 2020, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 13 de febrero de 2008, Sandra y Mario concertaron con Banco Santander un préstamo hipotecario en yenes japoneses (40.500.000), que debía amortizarse en esta divisa, sin perjuicio de la facultad de solicitar el cambio de divisa, a cualquiera de las admitidas a cotización en mercado de divisas.

Fueron los prestatarios quienes acudieron al banco a solicitar este tipo de préstamo hipotecario, comúnmente denominado multidivisa, porque el hermano de la Sra. Sandra que trabajaba en una inmobiliaria les había recomendado hacerlo así, ya que les resultaría más barato. Con carácter previo a la celebración del contrato, los prestatarios recibieron una información precontractual, en la que los empleados del banco les explicaron las características del producto y los riesgos derivados de la devaluación del yen frente al euro.

Al cabo de un tiempo, como consecuencia del cambio de la paridad entre el yen japonés y el euro, por la depreciación del primero, la conversión de lo adeudado en euros se encareció mucho. La Sra. Sandra dirigió sendos requerimientos al banco, el 19 de diciembre de 2013 y el 10 de marzo de 2014, en los que solicitó el recálculo de la hipoteca en euros, desde el inicio del contrato. El banco al contestar a estos requerimientos se mostró conforme con hacer el cambio a euros, pero no desde el momento de la firma de la escritura.

2. La Sra. Sandra interpuso una demanda frente a Banco Santander en la que pedía la nulidad de determinadas cláusulas del contrato de préstamo hipotecario multidivisa (segunda, segunda bis, cuarta, quinta, séptima, decimotercera, decimocuarta) y cuantas otras hicieran referencia a la divisa "yen japonés" en vez de la moneda de curso legal "euro", y la condena del banco demandado a recalcular en euros el préstamo y el cuadro de amortización desde la firma del contrato. Estas pretensiones se fundaban en la falta de transparencia y el error vicio.

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda al no apreciar ni falta de transparencia ni error vicio en la concertación del contrato, e impuso las costas a la demandante.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la demandante. La Audiencia ha estimado en parte el recurso. Primero rechaza la abusividad de las cláusulas al considerar probado que los empleados del banco informaron a los prestatarios de los riesgos derivados del cambio de paridad de divisas. Pero, luego, entiende que existían serias dudas en la primera instancia, que debían haber llevado al juzgado a no imponer las costas a la demandante, por lo que modifica en este extremo la sentencia de primera instancia.

5. La sentencia de apelación es recurrida en casación por la demandante, sobre la base de dos motivos.

El banco, al oponerse al recurso, denuncia la existencia de razones para la no admisión del recurso. El análisis de estas objeciones, en la medida que se refieren, de una parte, a no respetar la valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida y hacer supuesto de la cuestión, y de otra a la falta de acreditación del interés casacional, está tan ligado al enjuiciamiento de fondo, que no resulta procedente adelantarlos ahora.

**SEGUNDO. Recurso de casación**

1. Formulación del motivo primero. El motivo "denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores".

En el desarrollo del motivo argumenta que cuando se concertó la operación financiera (el préstamo hipotecario multidivisa de 13 de febrero de 2008) resultaban de aplicación las exigencias de información previstas en el art. 79 bis.3 LMV. Entiende vulnerada la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015, pues la información suministrada fue insuficiente, al no haberse valorado la conveniencia de la contratación del producto.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación del motivo primero. El motivo denuncia la infracción del art. 79 bis LMV, vigente en febrero de 2008, porque la información suministrada era insuficiente. Se basa en la consideración de que resultaba de aplicación la normativa MiFID a la contratación del préstamo hipotecario en divisa extranjera, con opciones de cambio de divisa, por tratarse de un producto de inversión.

Si bien es cierto que así lo entendimos en la sentencia invocada en este primer motivo (núm. 323/2015, de 30 de junio), cambiamos esta doctrina tras la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso *Banif Plus Bank* (asunto C-312/14), que declaró, por el contrario, 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".

En nuestra sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, asumimos la doctrina sentada en la citada sentencia del TJUE y modificamos la doctrina de nuestra anterior sentencia 323/2015, de 30 de junio. Lo que hemos reiterado en las sentencias 599/2018, de 31 de octubre, 158/2019, de 14 de marzo y 317/2019, de 4 de junio.

De tal forma que, de acuerdo con la actual jurisprudencia, al no ser de aplicación la normativa sobre el mercado de valores la contratación objeto de este pleito, la sentencia apelada no puede haber infringido esa normativa que se denuncia vulnerada en el primer motivo.

3. Formulación del motivo segundo. El motivo "denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 1266 del Código Civil". Y vuelve a mencionar la sentencia de esta sala de 30 de junio de 2015

En el desarrollo del motivo, además de transcribir algunos extractos de la sentencia de esta sala de 30 de junio de 2015, respecto del error vicio, y resaltar el carácter esencial del error, la recurrente lo asienta sobre la siguiente consideración:

"en el presente caso estimamos probado que la contratación por parte de la Sra. Sandra de la opción multidivisa, ofertada por las entidades bancarias en el bienio 2007-2008 de forma general, como es público y notorio, con un desconocimiento de lo que suponía en realidad y del riesgo que asumía al contratarla, debe conducir a declarar la nulidad del clausulado multidivisa por error, en los términos pedidos en la demanda".

Procede desestimar el motivo por las razones que aducimos a continuación.

4. Desestimación del motivo segundo. En el motivo se denuncia la infracción de la normativa que regula la nulidad del contrato por error vicio, al margen de que el contrato no era un producto financiero complejo, y por lo tanto sin que se tenga en cuenta la jurisprudencia sobre la incidencia de las exigencias de información de la normativa MiFID.

Procede desestimar el motivo no sólo porque, al presuponer que los prestatarios desconocían el riesgo que asumían en la contratación de la hipoteca multidivisa, contradice la base fáctica la sentencia recurrida, que declara probado que los prestatarios fueron suficientemente informados sobre ese riesgo por haberlo reconocido uno de ellos, sino también porque en el presente caso resulta irrelevante a la vista del suplico de la demanda. La demandante ha ejercitado una acción de nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario concertado en yenes japoneses con posibilidad de cambio de divisa, nulidad que afectaría sólo a la moneda en que se concertó el préstamo y al cambio de divisa. Conforme a la jurisprudencia de esta sala, si se llegara a apreciar error en el consentimiento prestado por los prestatarios, porque desconocían los riesgos que entrañaba haber referenciado el préstamo a la moneda del franco suizo (su depreciación frente al euro), y pudiera ser calificado de sustancial, relevante e inexcusable, viciaría la totalidad del contrato, pero no sólo la parte correspondiente a la divisa en que se concertó el préstamo con la subsistencia del resto del contrato



(sentencias 450/2016, de 1 de julio, 66/2017, de 2 de febrero, y 4/2019, de 9 de enero, entre otras). Por esta razón, por la falta de relevancia de la infracción denunciada en el hipotético caso de que se llegara a apreciar, procede desestimar el motivo.

TERCERO. *Costas*

Desestimado el recurso de casación, procede imponer a la parte demandante las costas de su recurso (art. 398.1 LEC), con pérdida del depósito constituido para recurrir en casación, de conformidad con la Disposición Adicional 15.ª, apartado 9.ª, 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 Sandra contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) de 23 de junio de 2017 (rollo 444/2016), que conoció de la apelación formulada contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona (juicio ordinario 166/2015).

2.º Imponer las costas del recurso a la parte recurrente, con pérdida del depósito constituido para recurrir en casación.

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.