



Roj: **STS 3381/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3381**

Id Cendoj: **28079110012019100540**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/10/2019**

Nº de Recurso: **1645/2017**

Nº de Resolución: **559/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 757/2017,**  
**STS 3381/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 559/2019**

Fecha de sentencia: 23/10/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1645/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/10/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 1645/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 559/2019**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 23 de octubre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Denia. Es parte recurrente la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Alicia Oliva Collar y bajo la dirección letrada de Jesús Ginés Sánchez. Es parte recurrida Evaristo y Araceli, representados por el procurador Juan Carlos Estevez Fernández-Novoa y bajo la dirección letrada de José Font Serrat.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1. La procuradora María José Soler Rojel, en nombre y representación de Evaristo y Araceli, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Denia, contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., para que se dictase sentencia:

"en la que se condene a la entidad Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., a eliminar del **contrato de préstamo** hipotecario celebrado con mis representados el citado Swap o **contrato** de derivado financiero implícito, que conlleva cláusulas limitativas del tipo de interés variable del **contrato**, dejándolo sin efecto y procediendo a la anulación de los cargos y abonos practicados por la entidad demandada en la cuenta de los actores para que, en definitiva, las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador.

"Y todo ello con expresa imposición de costas procesales".

2. El procurador Vicente Jaime Sempere Sirera, en representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., contestó a la demanda y pidió al juzgado que dictase sentencia:

"por la que se desestime íntegramente la demanda y se absuelva a mi representada de la totalidad de los pedimentos de la misma, con imposición de costas a la parte actora".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Denia dictó sentencia con fecha 30 de junio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Estimo la demanda formulada por la procuradora doña María José Soler Rojel, en nombre y representación de don Evaristo y doña Araceli, contra Banco de Bilbao Vizcaya S.A. y, en consecuencia, declaro la nulidad de la cláusula relativa al derivado financiero implícito, que conlleva limitaciones del tipo de interés variable del **contrato**, integrada en el **contrato de préstamo** hipotecario de fecha 4 de mayo de 2007, y su eliminación, dejándola sin efecto; y, asimismo, declaro que procede la restitución de obligaciones, por lo que deberá procederse a la anulación de los cargos y abonos practicados por la entidad demandada en la cuenta de los actores para que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador; con expresa imposición de costas a la parte demandada".

### SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, mediante sentencia de 22 de febrero de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Señor Sempere Sirera representación de B.B.V.A.S.A. contra la sentencia dictada por el Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de la ciudad de Denia en fecha 30 de junio de 2016 y en los autos de los que dimana el presente rollo y en su consecuencia confirmar como confirmamos íntegramente la misma al estar ajustada a derecho, con imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente al ser preceptivas".

### TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. El procurador Vicente Jaime Sempere Sirera, en representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.ª.

Los motivos del recurso de casación fueron:



"1º) Infracción del art. 1301 del CC y de la jurisprudencia que interpreta y aplica la apreciación y el cómputo del plazo de caducidad de la acción de nulidad por error vicio en relaciones contractuales complejas.

"2º) Infracción de los arts. 1265 y 1266, en relación con el art. 1303, del CC".

2. Por diligencia de ordenación de 10 de abril de 2017, la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.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 la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Alicia Oliva Collar; y como parte recurrida Evaristo y Araceli, representados por el procurador Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa.

4. Esta sala dictó auto de fecha 24 de abril de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 22 de febrero de 2017 por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.ª, en el rollo de apelación n.º 708/2016, dimanante del juicio ordinario n.º 205/2016, seguido ante Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Denia, en cuanto a la cuestión planteada en el motivo segundo del escrito de interposición".

5. Dado traslado, la representación procesal de Evaristo y Araceli 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 9 de octubre de 2019, 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 4 de mayo de 2007, Evaristo y Araceli concertaron con BBVA un **préstamo** hipotecario por un importe de 300.000 euros, que contenía un derivado implícito que afectaba a la determinación de los intereses.

2. En su demanda, Evaristo y Araceli pidieron que fuera declarada la nulidad por error vicio en el consentimiento de la cláusula del derivado financiero implícito incorporado en el **préstamo** hipotecario suscrito por las partes en fecha 4 de mayo de 2007. Consecuencia de la nulidad, se pedía la eliminación de la cláusula y condena del BBVA a la restitución de las cantidades cobradas a los demandantes en aplicación del derivado implícito.

3. La sentencia dictada en primera instancia estimó la demanda íntegramente. Apreció la existencia de error vicio en la contratación del derivado implícito y declaró la nulidad de la cláusula, y ordenó su eliminación del **contrato** y la "anulación de los cargos y abonos practicados por la entidad demandada en la cuenta de los actores".

4. Recurrida la sentencia de primera instancia en apelación por el banco demandado, la Audiencia desestima el recurso.

5. Frente a la sentencia de apelación, BBVA interpuso recurso de casación, del que se ha inadmitido el motivo primero y se ha admitido el segundo.

### SEGUNDO. Recurso de casación

1. *Formulación del motivo segundo.* El motivo denuncia la infracción de los arts. 1265 y 1266, en relación con el artículo 1303, todos ellos del Código Civil, sobre error vicio el consentimiento y sus consecuencias y de la jurisprudencia civil que establece que no cabe declarar la nulidad parcial de una cláusula basada en el error vicio del consentimiento contenida en las sentencias de la Sala primera del Tribunal Supremo nº 544/2017, de 17 de febrero; 66/2017, de 2 de febrero; y 450/2016, de 1 de julio".

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

2. *Estimación del motivo.* Sobre la cuestión suscitada por el motivo, si cabe la nulidad por error vicio de un derivado implícito incorporado a un **contrato** de **préstamo** hipotecario, sin que afecte a la validez del resto del **contrato**, nos hemos pronunciado recientemente, en la sentencia 4/2019, de 9 de enero.



En esta sentencia, retomando la doctrina contenida en dos sentencias anteriores, citadas en el recurso (sentencias 450/2016, de 1 de julio, y 66/2017, de 2 de febrero), hacíamos la siguiente consideración:

"en cuanto el derivado implícito sea parte inescindible e inseparable del **contrato** de **préstamo**, como es el caso, el incumplimiento de los deberes de información no puede justificar, como se pretende, la nulidad parcial del **contrato** por error vicio, sino, en su caso, la de todo el **contrato**. En la medida en que el interés del **préstamo** pactado, elemento esencial del **contrato**, debía fijarse de acuerdo con el derivado implícito y este formaba parte inescindible del **préstamo**, el error en cuanto a sus riesgos, que repercutiría sobre el "precio" del **préstamo**, en cuanto fuera relevante, además de excusable, podría dar lugar a la nulidad de la totalidad del **contrato**, pero no a la nulidad parcial, mediante la supresión del derivado implícito y la integración del **contrato** mediante la inclusión de un interés variable referenciado al Euribor sin diferencial".

Y concluíamos, como también debemos hacer ahora, que en estos casos en que el derivado implícito es una parte inescindible e inseparable del **contrato** de **préstamo**, no cabe la nulidad parcial del **contrato**:

"Aunque el incumplimiento de los deberes de información respecto del derivado implícito podría tener incidencia en la apreciación del error vicio, la nulidad por este vicio del consentimiento debía en su caso afectar a la totalidad del **contrato** y no sólo a la cláusula que contiene un derivado implícito. (...) si el error es sustancial y relevante, y además inexcusable, podría viciar la totalidad del **contrato**, pero no declararse por este motivo la nulidad de una parte con la subsistencia del resto del **contrato**".

3. En consecuencia, procede estimar el recurso de casación y revocar en parte la sentencia recurrida, en el sentido de tener por estimado en parte el recurso de apelación y dejar sin efecto la nulidad del derivado implícito incluido en el **contrato** de **préstamo** hipotecario de 4 de mayo de 2007.

#### **TERCERO.** Costas

1. Estimado en parte el recurso de casación, no hacemos expresa condena en costas ( art. 398.2 LEC).
2. Estimado el recurso de apelación de BBVA, tampoco hacemos expresa condena en costas ( art. 398.2 LEC).
3. Desestimadas las pretensiones ejercitadas en la demanda, imponemos a los demandantes la condena de las costas de primera instancia ( art. 394 LEC).

#### **FALLO**

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

- 1.º Estimar el recurso de casación interpuesto por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6.ª) de 22 de febrero de 2017 (rollo núm. 708/2016), que casamos y modificamos en el siguiente sentido.
- 2.º Estimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Denia, de 30 de junio de 2016 (juicio ordinario núm. 205/2016), en el sentido de desestimar las pretensiones ejercitadas en la demanda, de las que absolvemos a la demandada.
- 3.º No hacemos expresa condena en costas ni en segunda instancia, ni tampoco en casación.
- 4.º Imponemos las costas de primera instancia a los demandantes.
- 5.º Se acuerda la devolución 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.