

Roj: **STS 544/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:544**Id Cendoj: **28079110012017100093**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **17/02/2017**Nº de Recurso: **2553/2014**Nº de Resolución: **104/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 17 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 3.^a, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Manacor. El recurso fue interpuesto por la entidad Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., representada por la procuradora Ana Llorens Pardo. Es parte recurrida las entidades Enfos Solar S.L., Cati Galmes S.L., Camp i Jordi Verd S.L., Padesauba S.L., Tintorera Solar S.L., Llorenç Brunet i Associats S.L. y Norberto , representados por la procuradora Teresa Castro Rodríguez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. La procuradora María Mascaró Galmes, en nombre y representación de las entidades Enfos Solar S.L., Cati Galmes S.L., Camp i Jordi Verd S.L., Padesauba S.L., Tintorera Solar S.L., Llorenç Brunet i Associats S.L. y Norberto , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Manacor, contra la entidad Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA), para que se dictase sentencia:

«con los siguientes pronunciamientos:

1.- Decretar la nulidad del contrato de derivado financiero o swap que consta en los anexos 3 y 4 de la póliza de Contrato Mercantil de Arrendamiento Financiero (Leasing) de Bienes Muebles suscrita por la entidad demandada y la entidad Enfos Solar, S.L. el día 31 de octubre de 2007 con intervención del notario de Manacor Don Víctor Alonso-Cuevillas Fortuny, y se condene a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración, así como a reintegrar a Enfos Solar, S.L. las cantidades que la declaración de nulidad conlleva, abonando a mi principal, previa la oportuna liquidación, el diferencial resultante con más intereses legales y expresa condena en costas a la demandada.

2.- Decretar la nulidad del contrato de derivado financiero o swap que consta en los anexos 3 y 4 de la póliza de Contrato Mercantil de Arrendamiento Financiero (Leasing) de Bienes Muebles suscrita por la entidad demandada y la entidad Cati Galmes S.L. el día 25 de septiembre de 2007 con intervención del notario de Manacor Don Enrique Cases Bergón, y se condene a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración, así como a reintegrar a Cati Galmes, S.L. las cantidades que la declaración de nulidad conlleva, abonando a mi principal, previa la oportuna liquidación, el diferencial resultante con más intereses legales y expresa condena en costas a la demandada.

3.- Decretar la nulidad del contrato de derivado financiero o swap que consta en los anexos 3 y 4 de la póliza de Contrato Mercantil de Arrendamiento Financiero (Leasing) de Bienes Muebles suscrita por la entidad demandada y la entidad Camp i Jordi Verd S.L. el día 21 de diciembre de 2007 con intervención del notario



de Manacor Don Víctor Alonso-Cuevillas Fortuny, y se condene a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración, así como a reintegrar a Camp i Jordi Verd S.L. las cantidades que la declaración de nulidad conlleva, abonando a mi principal, previa la oportuna liquidación, el diferencial resultante con más intereses legales y expresa condena en costas a la demandada.

4.- Decretar la nulidad del contrato de derivado financiero o swap que consta en los anexos 3 y 4 de la póliza de Contrato Mercantil de Arrendamiento Financiero (Leasing) de Bienes Muebles suscrita por la entidad demandada y la entidad Padesauba S.L. el día 31 de octubre de 2007 con intervención del notario de Manacor Don Víctor Alonso-Cuevillas Fortuny, y se condene a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración, así como a reintegrar a Padesauba, S.L. las cantidades que la declaración de nulidad conlleva, abonando a mi principal, previa la oportuna liquidación, el diferencial resultante con más intereses legales y expresa condena en costas a la demandada.

5.- Decretar la nulidad del contrato de derivado financiero o swap que consta en los anexos 3 y 4 de la póliza de Contrato Mercantil de Arrendamiento Financiero (Leasing) de Bienes Muebles suscrita por la entidad demandada y la entidad Tintorera Solar S.L. el día 24 de octubre de 2007 con intervención del notario de Manacor Don Álvaro-Juan Jarabe Rivera, y se condene a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración, así como a reintegrar a Tintorera Solar, S.L. las cantidades que la declaración de nulidad conlleva, abonando a mi principal, previa la oportuna liquidación, el diferencial resultante con más intereses legales y expresa condena en costas a la demandada.

6.- Decretar la nulidad del contrato de derivado financiero o swap que consta en los anexos 3 y 4 de la póliza de Contrato Mercantil de Arrendamiento Financiero (Leasing) de Bienes Muebles suscrita por la entidad demandada y la entidad Llorenç Brunet i Associats S.L. el día 17 de octubre de 2007 con intervención del notario de Manacor Don Víctor Alonso-Cuevillas Fortuny, y se condene a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración, así como a reintegrar a Llorenç Brunet i Associats S.L. las cantidades que la declaración de nulidad conlleva, abonando a mi principal, previa la oportuna liquidación, el diferencial resultante con más intereses legales y expresa condena en costas a la demandada.

7.- Decretar la nulidad del contrato de derivado financiero o swap que consta en los anexos 3 y 4 de la póliza de Contrato Mercantil de Arrendamiento Financiero (Leasing) de Bienes Muebles suscrita por la entidad demandada y Don Norberto , el día 10 de octubre de 2007 con intervención del notario de Manacor Don Víctor Alonso-Cuevillas Fortuny, y se condene a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración, así como a reintegrar a Don Norberto las cantidades que la declaración de nulidad conlleva, abonando a mi principal, previa la oportuna liquidación, el diferencial resultante con más intereses legales y expresa condena en costas a la demandada».

2. El procurador Juan Francisco Cerdá Bestard, en representación de la entidad Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«en la que: A. Se desestime íntegramente la demanda instauradora de esta litis en todos sus pedimentos.

B. Se impongan las costas a la parte actora».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Manacor dictó sentencia con fecha 16 de diciembre de 2013 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que desestimando la demanda formulada por Enfos Solar S.L., Cati Galmes S.L., Camp i Jordi Verd S.L., Padesauba S.L., Tintorera Solar S.L., Llorenç Brunet i Associats S.L. y D. Norberto , representados por la Procuradora Dña. María Mascaró Galmés, contra la entidad bancaria Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por el Procurador D. Juan Francisco Cerdá Bestard, debo absolver y absuelvo a la demandada citada de las pretensiones contra ella deducidas en el presente juicio; todo ello con expresa imposición a la parte demandante de las costas procesales causadas en el presente juicio».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de las entidades Enfos Solar S.L., Cati Galmes S.L., Camp i Jordi Verd S.L., Padesauba S.L., Tintorera Solar S.L., Llorenç Brunet i Associats S.L. y Norberto .

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, mediante sentencia de 9 de septiembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: 1º) Se estima en parte el recurso de apelación formulado por las entidades Enfos Solar S.L., Cati Galmes S.L., Camp i Jordi Verd S.L., Padesauba S.L., Tintorera Solar S.L., Llorenç Brunet i Associats S.L. y don Norberto , representada/os en esta alzada por el procurador Sr. Mascaró, contra la sentencia de 16 de



diciembre de 2013, dictada por la Ilma Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Manacor, en el procedimiento de juicio ordinario del que trae causa la presente alzada, y, en consecuencia, debemos revocar en parte y revocamos dicha resolución y, en su lugar:

Se estima en parte la demanda interpuesta por las entidades Enfos Solar S.L., Cati Galmes S.L., Camp i Jordi Verd S.L., Padesauba S.L., Tintorera Solar S.L., Llorenç Brunet i Associats S.L. y don Norberto, Miguel Galmes SL (sic) contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., representada por el procurador Sr. Cerdá, declarando la nulidad de las cláusulas contenidas en los anexos 3.4, de los respectivos contratos de arrendamiento financiero suscritos entre las partes litigantes y relativa a la "liquidación del derivado financiero por la cancelación anticipada de este contrato", condenando a la parte demandada a estar y pasar por tal declaración y a sus naturales consecuencias. Sin expresa imposición de costas.

2º) Sin expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

3º) Se decreta la devolución del depósito constituido para recurrir».

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. El procurador Juan Cerdá Bertard, en representación de la entidad Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 3.ª.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Vulneración de los arts. 1266 y 1256 del Código Civil .

2º) Infracción del art. 1266 del Código Civil .

3º) Infracción del art. 1266 del Código Civil ».

2. Por diligencia de ordenación de 7 de octubre de 2014, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 3.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 de Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., representada por la procuradora Ana Llorens Pardo; y como parte recurrida las entidades Enfos Solar S.L., Cati Galmes S.L., Camp i Jordi Verd S.L., Padesauba S.L., Tintorera Solar S.L., Llorenç Brunet i Associats S.L. y Norberto, representados por la procuradora Teresa Castro Rodríguez.

4. Esta sala dictó auto de fecha 20 de julio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. contra la sentencia dictada en fecha 9 de septiembre de 2014, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 200/2014 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 242/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Manacor».

5. Dado traslado, la representación procesal de las entidades Enfos Solar S.L., Cati Galmes S.L., Camp i Jordi Verd S.L., Padesauba S.L., Tintorera Solar S.L., Llorenç Brunet i Associats S.L. y Norberto, 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 25 de enero de 2017, 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.

Enfos Solar, S.L., Cati Galmes, S.L., Camp i Jordi Verd, S.L., Padesauba, S.L., Tintorería Solar, S.L., Llorenç Brunet i Associats, S.L. y Norberto (en adelante, los demandantes), en cuanto partícipes cada uno de ellos de un 5% del parque solar Can Verd, contrataron con Generacio Fotovoltaica, S.L. la adquisición, suministro y montaje, en la modalidad de llave en mano, de una instalación de energía solar fotovoltaica conectada a la red eléctrica.

Cada uno de los siete demandantes, para la financiación de sus respectivas participaciones en los gastos de adquisición, instalación y montaje de la reseñada planta de energía solar, concertó con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (en adelante, BBVA) un contrato de leasing. Estos siete contratos contenían un derivado implícito para la determinación del interés, que se denominaba Riskpyme Fijo Bonificado.



Previamente a la firma de estos contratos, el banco había ofrecido a cada uno de los demandantes, en el folleto explicativo, tres posibilidades para fijar el interés de la operación financiera: i) un interés fijo bonificado (Riskpyme Fijo Bonificado); ii) un interés fijo; iii) un interés variable.

El interés fijo bonificado contratado en los siete contratos de leasing de los demandantes, se contenía en el anexo 3, que era una cláusula adicional para el caso en que se hubiera optado por el interés fijo bonificado. Esta cláusula prescribía como debía determinarse:

«se determinará conforme a un derivado financiero implícito que se incorpora consistente en una permuta financiera o swap cuyo neto resultante es el siguiente: la parte prestataria pagará el interés fijo señalado en el anexo si el Euribor a 12 meses es inferior o igual al 5,50% o el Euribor a 12 meses más 0,20 (ó 0,25%) en el caso de resultar dicha diferencia superior al 5,50%».

La cláusula 3.4 del anexo, conforme a su rúbrica, regulaba la «liquidación del derivado financiero por cancelación anticipada de este contrato».

2. En la demanda que inició el presente procedimiento, los siete demandantes (Enfos Solar, S.L., Cati Galmes, S.L., Camp i Jardí Verd, S.L., Padesauba, S.L., Tintorería Solar, S.L., Llorenç Brunet i Associats, S.L. y Norberto) pidieron la nulidad del derivado implícito introducido en sus respectivos contratos de leasing, los anexos 3 y 4, y la condena al banco demandado (BBVA) a restituir «las cantidades que la declaración de nulidad conlleva, abonando (...), previa la oportuna liquidación el diferencial resultante con más intereses legales y expresa condena en costas a la demandada».

El fundamento de la nulidad era que el consentimiento de los demandantes había estado viciado por error, consecuencia de una ausencia de información sobre el producto financiero complejo que se había contratado (el derivado financiero implícito).

3. La sentencia dictada en primera instancia desestimó íntegramente la demanda. Después de analizar la prueba practicada, en concreto la documental (los contratos y los folletos del banco entregados cuando ofertaron la financiación), el interrogatorio de los administradores de las sociedades demandantes y de algunos testigos que intervinieron en la negociación y firma de los contratos, la magistrada de primera instancia entendió que la información suministrada por el banco era suficiente y que los contratantes habían optado libremente por el interés fijo bonificado, habiendo podido escoger otro tipo de interés que también se les ofrecía, y que respecto al escogido fueron informados de cómo operaba. Por eso concluyó que no hubo error vicio que justificara la nulidad de los contratos.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por los demandantes. La Audiencia estimó en parte el recurso, pues declaró la nulidad de la cláusula 3.4 del anexo del contrato, relativa a la «liquidación del derivado financiero por cancelación anticipada de este contrato», por error vicio en el consentimiento, «dada la falta de información sobre el coste real de la cancelación anticipada». La sentencia concluyó que esta cláusula «debe ser expulsada del vínculo contractual, dejándola sin efecto y manteniendo el contrato en cuanto a la operación de leasing en sus restantes condiciones».

5. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por el BBVA sobre la base de tres motivos.

SEGUNDO. *Recurso de casación*

1. *Formulación del motivo primero* . El motivo denuncia la infracción de los arts. 1266 y 1256 CC , por la imposibilidad de declarar la nulidad de la cláusula de cancelación anticipada por vicio en el consentimiento.

Para ilustrar que no cabe declarar la nulidad de una cláusula de un contrato por error vicio del consentimiento, en el desarrollo del motivo se aportan dos razones: i) «si tal cláusula no es de naturaleza esencial, el error sufrido a la hora de prestar el consentimiento global del contrato, no se habría visto afectado por un error esencial, recayendo únicamente en un elemento secundario o accesorio y, por ende, insuficiente»; ii) «si tal cláusula fuera efectivamente de naturaleza esencial, el contrato no podría sobrevivir ante la extinción de la misma».

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

2. *Estimación del motivo primero* . La sentencia recurrida ha apreciado la existencia de error vicio respecto de una de las cláusulas del contrato de leasing. En concreto, la que, después de haberse pactado un derivado implícito para fijar el interés de la financiación, se refiere al coste de la cancelación del derivado.

Con ello la Audiencia infringe la interpretación jurisprudencial al respecto. En la sentencia 66/2017, de 2 de febrero , declaramos que «la nulidad por este vicio del consentimiento (error vicio) debía conllevar la ineficacia de la totalidad del contrato y no sólo de la cláusula que contiene un derivado implícito». En esta sentencia nos



remitíamos a otra sentencia anterior, la sentencia 450/2016, de 1 de julio, en la con mayor detalle exponíamos esta doctrina:

«(C)omo hemos recordado recientemente con motivo de un recurso en el que se había pretendido la nulidad por error vicio de las cláusulas relativas al derivado financiero de un contrato de préstamo, no cabía la nulidad parcial de una cláusula basada en el error vicio (Sentencia 380/2016, de 3 de junio). 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».

En contra de lo argumentado por la oposición al recurso, conviene advertir que la razón de la estimación del motivo de casación radica en que la sentencia recurrida ha infringido el art. 1266 del CC, porque no cabe la nulidad de una cláusula de un contrato, en este caso la relativa al coste de la cancelación anticipada del derivado implícito incluido en un contrato de leasing, por un error vicio que afecte sólo esta cláusula. Para hacer valer esta cuestión, el cauce adecuado era el empleado, el recurso de casación, fundado en la infracción de las normas sobre el error vicio, sin que hubiera razón alguna para exigir, como parece que aduce la parte recurrida, el recurso de extraordinario por infracción procesal. La cuestión suscitada en este momento no es la incongruencia, pues la Audiencia había concedido lo solicitado por la demanda, sino el que no pudiera atenderse a esta petición en atención a una correcta interpretación del art. 1266 CC.

3. Estimado el recurso de casación, debemos asumir la instancia, y desestimar el recurso de apelación formulado por los demandantes por la misma razón que hemos estimado la casación. La demanda no pedía la nulidad de los contratos de financiación (leasing) que incorporaban el derivado implícito para la determinación de los intereses, sino la nulidad de una parte del contrato, la relativa al derivado financiero, y por la concurrencia de un error vicio respecto de dicho derivado implícito. De acuerdo con la jurisprudencia expuesta, el error debe ser sustancial y relevante en relación con la totalidad del contrato, razón por la cual, de apreciarse, la nulidad afectaría a la totalidad del contrato, pero no a unas determinadas cláusulas.

TERCERO. Costas

1. Estimado el recurso de casación interpuesto por BBVA, no hacemos expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).

2. La estimación del recurso de casación ha conllevado la desestimación del recurso de apelación interpuesto por los demandantes, a quienes condenamos al pago de las costas generadas por su recurso (art. 398.1 LEC).

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (sección 3ª) de 9 de septiembre de 2014 (rollo núm. 200/2014), que dejamos sin efecto. **2.º-** Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Enfos Solar, S.L., Cati Galmes, S.L., Camp i Jardí Verd, S.L., Padesauba, S.L., Tintorería Solar, S.L., Llorenç Brunet i Associats, S.L. y Norberto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Manacor (juicio ordinario 242/2012), cuya parte dispositiva confirmamos. **3.º-** No hacer expresa imposición de las costas generadas por el recurso de casación con devolución del depósito constituido para recurrir, e imponer las costas de la apelación a los apelantes.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.