



Roj: **STS 2265/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2265**

Id Cendoj: **28079110012017100357**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/06/2017**

Nº de Recurso: **1621/2014**

Nº de Resolución: **366/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MU 915/2014,**
STS 2265/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 8 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Jumilla. Los recursos fueron interpuestos por Pedro Jesús y Raimunda, representados por la procuradora Gema Fernández-Blanco San Miguel. Es parte recurrida la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Alicia Oliva Collar.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. La procuradora Ángela Muñoz Monreal, en nombre y representación de Pedro Jesús y Raimunda, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Jumilla, contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., para que se dictase sentencia:

«que contenga los siguientes pronunciamientos:

1.1- Se declare la nulidad del anexo sito en la pag. 13 del contrato de arrendamiento financiero nº NUM000 y que especifica una "Cláusula Adicional de Tipo de Interés con Derivado Implícito"

1.2- Se condene a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. a restituir a mi mandante las cantidades que pudieran ser cargadas, en el futuro durante la tramitación del procedimiento, con los intereses legales desde la fecha de abono, pudiendo compensar las partes sus respectivos créditos y que tengan su origen en dicho derivado financiero implícito.

2.1- Subsidiariamente, y para el hipotético supuesto de que la nulidad parcial solicitada no fuese estimada, se declare la nulidad total de contrato de arrendamiento financiero nº NUM000 con sus anexos y se condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a la no aplicación de la cancelación anticipada calculada a precios de mercado sita como apartado 1.1 y siguientes del Anexo sito en la pag. 13 y que incorpora una Cláusula Adicional de Tipo de Interés con Derivado Implícito.

3. Para cualquiera de los supuestos del presente solicito, se condene a la entidad demandada al pago de las costas del presente procedimiento».



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

«íntegramente desestimatoria de dicha demanda con expresa condena en costas a la actora».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Jumilla dictó sentencia con fecha 14 de octubre de 2013 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por D. Pedro Jesús y Dña. Raimunda , que intervienen representados por la procuradora Dña. Ángela Muñoz, contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., que interviene representada por el procurador D. Manuel Francisco Azorín García, declaro la nulidad del anexo sito en la página 13 del contrato de arrendamiento financiero nº NUM000 que especifica una "Cláusula Adicional de Tipo de Interés con Derivado Implícito", acordando la restitución recíproca de las prestaciones y con expresa condena en 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 4.^a de la Audiencia Provincial de Murcia, mediante sentencia de 24 de abril de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación formulado por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Francisco Azorín García, en nombre y representación de la entidad "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.", debemos revocar y revocamos la sentencia dictada por el Sr. Juez, titular del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Jumilla en fecha 14 de octubre de 2013 , en los autos de Juicio Ordinario seguidos ante el mismo con el número 319/12: Que debemos desestimar y desestimamos la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Dña. Ángela Muñoz Monreal en nombre y representación de D. Pedro Jesús y Dña. Raimunda no habiendo lugar, por consiguiente, a lo solicitado en la misma, con la imposición de las costas de primera instancia a los demandantes, y sin pronunciamiento expreso en cuanto a las costas devengadas en apelación».

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

1. La procuradora Ángela Muñoz Monreal, en representación de Pedro Jesús y Raimunda , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.^a.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«1º) Infracción del art. 24.1 de la Constitución y arts. 316 , 326 , 376 y 348 de la LEC ».

El motivo del recurso de casación fue:

«1º) infracción de los artículos contenidos en el Título VII de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, así como de los artículos 72 y 73 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, y su conexión con la infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida desestima la pretensión de nulidad contractual sobre la base del error en el consentimiento cuando se han acreditado los requisitos para ello según lo previsto en los artículos citados y la jurisprudencia que los desarrolla».

2. Por diligencia de ordenación de 6 de junio de 2014, la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.^a, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, 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 Pedro Jesús y Raimunda , representados por la procuradora Gema Fernández-Blanco San Miguel; y como parte recurrida la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Alicia Oliva Collar.

4. Es sala dictó auto de fecha 30 de noviembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Pedro Jesús y D.^a Raimunda contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 24 de abril de 2014, por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.^a, en el rollo de apelación n.º 83/2014 , dimanante del juicio ordinario n.º 319/2012, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Jumilla.

Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.



No admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la indicada parte litigante contra dicha sentencia, con imposición de las costas de este recurso a los recurrentes, que perderán el depósito constituido».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., 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 mayo 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.

Pedro Jesús concertó con el BBVA una póliza de arrendamiento financiero (leasing) el 29 de abril de 2008, que fue intervenida por notario. En la póliza aparece la garantía personal de Raimunda respecto de las obligaciones del arrendatario financiero.

El Sr. Pedro Jesús era agente colaborador de la entidad financiera, y asesor fiscal y contable.

La condición general 3.2, que lleva por rúbrica «PAGO DEL PRECIO», es del siguiente tenor literal:

«Interés. El presente contrato devengará a favor del Arrendador Financiero el tipo de interés nominal anual que figura en las Condiciones particulares y Anexo I, que se mantendrá invariable durante toda la vida del contrato si fuera fijo. Si se ha pactado un tipo de interés variable, todas las especificaciones al respecto quedan recogidas en el Anexo de indexaciones. Condiciones de revisión de las Cuotas que se incorporan como Anexo al presente contrato».

El anexo 2, bajo la rúbrica «CLAUSULA ADICIONAL AL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO», contiene lo siguiente:

«Los intervinientes en el contrato de arrendamiento financiero del que este documento es anexo, convienen y aprueban lo siguiente: Acuerdan las partes que durante el primer año del contrato la arrendataria financiera no satisfará parte alguna de la amortización del capital objeto del contrato, siendo las cuotas del arrendamiento exclusivamente de intereses SEMESTRALES (con impuesto) y calculados estos intereses sobre los importes que se hayan ido entregando por el Banco al proveedor de la instalación por los días transcurridos del período desde que cada pago se ha realizado y por el tipo de interés aplicable».

El anexo 3, bajo la rúbrica «CLAUSULA ADICIONAL DE TIPO DE INTERES CON DERIVADO IMPLICITO», contiene lo siguiente:

«3.1.- INTERESES ORDINARIOS.- El tipo de interés aplicado a este contrato, es el recogido en el anexo 1 a este contrato.

»3.2- DERIVADO FINANCIERO- Por derivado financiero se entiende la sustitución del pago de un interés variable de mercado por el tipo de interés definido en la cláusula 1.1 anterior junto a la estructura de cuotas prevista en este contrato.

»3.2.2. A los efectos previstos en el apartado 1.4 de este anexo, el interés variable de mercado a que se refiere el apartado 1.2.1 anterior es el euribor, (...) consistente en media aritmética simple de los valores diarios con días de mercado para operaciones de depósitos en euros a plazo de 6 mes y publicados dos días hábiles target antes del comienzo de cada período de intereses, calculados a partir del ofertado por una muestra de bancos para una operaciones entre entidades de similar calificación.

»3.3.- CARACTER DE CONDICION ESENCIAL DEL DERIVADO FINANCIERO.- El tipo de interés que se recoge en el apartado 1.1 anterior y la estructura de cuotas pactadas en el presente contrato han sido acordadas con el arrendatario/s financiero en respuesta a una solicitud concreta del mismo. En atención a ello tiene el carácter de condición esencial de este contrato. Cualquier alteración en los plazos o importes derivada de una cancelación anticipada (ya sea como consecuencia del vencimiento anticipado del contrato o por la terminación pactada) del presente contrato, conllevará la cancelación del derivado financiero en el importe equivalente a la cantidad pagada anticipadamente en concepto de recuperación del coste fuera del plazo previsto en el presente contrato, lo que dará lugar a una pérdida o a una ganancia, que se cargará o abonará, respectivamente, en la cuenta de cargo del arrendatario financiero, reseñada en el presente contrato, lo que



el arrendatario financiero reconoce y acepta expresamente de conformidad con la declaración establecida al final del presente contrato.

»3.4- LIQUIDACIÓN DEL DERIVADO FINANCIERO POR LA CANCELACIÓN ANTICIPADA DE ESTE CONTRATO. En los supuestos contemplados en la estipulación 1.3 (vencimiento anticipado y terminación pactada) que implica y conllevan la cancelación del Derivado Financiero, el arrendador financiero determinará su valor de mercado de acuerdo con lo señalado en los apartados siguientes, pudiendo resultar de dicho cálculo una pérdida o un beneficio. En estos supuesto de cancelación del Derivado Financiero, el arrendador financiero comunicará al arrendatario el importe que, según los cálculos del banco, debería este cobrar del arrendatario/s financiero/s (expresado en signo positivo) o abonar a dicho arrendatario/s financiero/s (expresado en signo negativo) por la cancelación anticipada del derivado financiero (en lo sucesivo el importe resultante). (...). En caso de disconformidad, el arrendador financiero solicitará a Banco Español de Crédito (Banesto), (en adelante, la entidad de referencia), que le comunique el importe que cobraría (expresado con signo positivo) o que pagaría (expresado con signo negativo) en la fecha de cancelación, por llevar a cabo una operación de la misma naturaleza que el derivado financiero, que mantuviera el valor económico que para el arrendador financiero tendría en dicha fecha el derivado financiero implícito en la estructura y cuotas recogidas en el presente contrato, de no haberse producido el supuesto de cancelación de que se trate. Si por cualquier circunstancia la entidad de referencia no pudiese emitir el citado informe, se solicitará el mismo con carácter subsidiario a Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (La Caixa) y, en su defecto o si concurrieren las mismas causas de imposibilidad, a Banco de Santander Central Hispano.

»3.5.- DECLARACIONES EXPRESAS. El arrendatario/s financiero/s declara que ha solicitado al arrendador financiero la presente operación con las características que se contemplan en la misma, en particular las relativas al derivado financiero implícito definido en la presente cláusula, declarando asimismo que ha realizado su propia valoración en relación con la operación objeto de este contrato, reconociendo expresamente que las características del mismo se ajustan a sus objetivos de financiación y que los riesgos asociados al mismo se adaptan a su perfil. Asimismo manifiesta que ha sido informado de las condiciones y riesgos asociados a eventuales escenarios cambiantes de tipos de interés, por lo que es capaz de evaluar las ventajas e inconvenientes financieros del contrato y que en consecuencia, asume y acepta plenamente los términos, condiciones y riesgos inherentes...».

Pedro Jesús , mediante un escrito de fecha 28 de mayo de 2009, solicitó al BBVA una aclaración sobre las comisiones por cancelación anticipada del contrato de arrendamiento financiero. Por un escrito de fecha 26 de febrero de 2010, el Sr. Pedro Jesús solicitó al BBVA que le facilitara por escrito una simulación de la cancelación anticipada del contrato, en la que constaran de manera pormenorizada los distintos conceptos y sus importes. El 13 de abril de 2010, BBVA comunicó el cálculo simulado del derivado, en el que el importe ascendía a 59.791,71 euros. El 17 de junio de 2011, BBVA comunicó al Sr. Pedro Jesús el importe simulado de la cancelación del derivado (55.606,50 euros).

2. El Sr. Pedro Jesús y la Sra. Raimunda interpusieron la demanda que ha dado inicio al presente procedimiento, en la que pedían la nulidad del derivado implícito contenido en el anexo del contrato, por entender que había habido error vicio propiciado por el incumplimiento de los deberes de información que respecto de los productos financieros complejos prevé el art. 79 bis.3 LMV. Subsidiariamente, para el caso en que no se estimara la nulidad parcial, se pedía la nulidad del contrato de arrendamiento financiero.

3. En primera instancia, el juzgado estimó la demanda, al apreciar el incumplimiento de los deberes de información respecto del derivado financiero, y el error vicio. De tal forma que declaró la nulidad parcial del contrato, en concreto el anexo que contiene el derivado financiero. También acordó la restitución recíproca de prestaciones.

4. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia estimó el recurso y desestimó la demanda. La Audiencia entiende que no ha existido un incumplimiento de los deberes de información y que no hubo error vicio por parte del arrendatario financiero, por las siguientes razones:

«1.- Que la póliza de arrendamiento financiero y los anexos a la misma fueron firmados por la parte actora e intervenidos por Notario. 2.- Que el actor y arrendatario tiene estudios superiores, siendo el mismo asesor fiscal y contable, no habiéndose desvirtuado lo afirmado en instancia en cuanto a estos particulares, por lo que es lógico y razonable sostener que el mismo estaba en condiciones de conocer y comprender el alcance de lo acordado en la cláusula adicional referida, desplegando unas mínima diligencia, considerándose que el error en que pudo incurrir por una deficiente información no es excusable; 3.- Que el "derivado financiero" se define en el propio anexo, y que en relación con el tipo de interés que sería de aplicación en función del derivado, no se solicitó por parte de D. Pedro Jesús aclaración a la entidad en cuanto a las condiciones o parámetros del derivado financiero implícito, ya que simplemente solicitó en sus escritos, referidos en



el anterior fundamento, aclaración en cuanto a las comisiones de cancelación anticipada del contrato de arrendamiento financiero y simulación de los distintos conceptos que componían e integraban la misma, aquietándose con la comunicación que se le facilitó para la cancelación en fecha 13 de abril de 2010, superior a la que fue facilitada el 17 de junio de 2011; 4.- En el Anexo 3.5. DECLARACIONES EXPRESAS.- se expresaban de manera clara los riesgos de la operación concertada, por los eventuales escenarios cambiantes de los intereses, que se ajustaba dicha operación a los objetivos de financiación y a su perfil, careciendo, pues de relevancia, ante la claridad de esta condición, lo declarado por el director de la oficina bancaria en que se suscribió la póliza; 5.- Que no hay datos para sostener que la entidad bancaria ocultó información financiera al actor, de la que pudiera disponer por estudios de mercado en cuanto a la evolución de los tipos de interés en el año 2008, siendo razonable sostener que la entidad bancaria no disponía, al tiempo de la suscripción del contrato, de datos y variables económicos fiables en relación con la eventual evolución futura de los tipos de intereses; 6.- Que en el caso de liquidación del derivado financiero por cancelación anticipada se preveía, en caso de disconformidad, la intervención de un tercero, como se desprende del anexo 3.4, cuyos términos han sido referidos en el anterior fundamento y, finalmente, 7.- Que el derivado financiero implícito establecido en el anexo no es propiamente una permuta financiera de tipo de interés (swap) ni un producto de inversión especulativo, sino que es un producto estrictamente bancario, por lo que no es exigible el nivel de información requerido por los productos de inversión, como se viene a sostener en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia antes referida».

5. Frente a la sentencia de apelación, los demandantes interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El primero ha sido inadmitido. El segundo se articula en un solo motivo.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. *Formulación del motivo primero* . El motivo denuncia la «infracción de los artículos contenidos en el Título VII de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, así como de los artículos 72 y 73 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, y su conexión con la infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida desestima la pretensión de nulidad contractual sobre la base del error en el consentimiento cuando se han acreditado los requisitos para ello según lo previsto en los artículos citados y la jurisprudencia que los desarrolla».

Al comienzo del desarrollo del motivo, bajo la rúbrica «problema jurídico planteado en la sentencia recurrida y forma en que se resuelve», el recurso aclara:

«El principal problema jurídico planteado en la sentencia recurrida es la pertinencia o no de anulación del Anexo de derivado financiero implícito en un contrato de leasing fotovoltaico objeto de la Litis, por la existencia de error vicio del consentimiento en los arrendatarios financieros de suscribir el contrato de leasing».

Toda la fundamentación del recurso gira en torno a la procedencia de la nulidad del derivado implícito, que es lo que se había estimado en primera instancia y se había desestimado en apelación. Por eso se pide en el suplico del recurso que la estimación de la casación dé lugar a la desestimación del recurso de apelación del BBVA y a la confirmación de la sentencia de primera instancia.

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

2. *Desestimación del motivo* . El motivo se funda en la procedencia de la nulidad parcial del contrato de leasing, en concreto, del anexo en el que se establece un derivado implícito, por error vicio. Como el propio recurso indica, la controversia en casación ha quedado ceñida a esta cuestión. Y al respecto ya nos hemos pronunciado en un supuesto similar, en la sentencia 66/2017, de 2 de febrero .

En otra sentencia anterior (sentencia 450/2016, de 1 de julio), habíamos declarado que el derivado implícito introducido en una póliza de préstamo era un producto financiero complejo, respecto del que regían los deberes de información de la normativa MiFID. Razón por la cual, debía haber sido objeto de la información exigida por el art. 79 bis LMV.

En el momento en que se firmó el contrato de leasing con el derivado implícito (29 de abril de 2008), ya había entrado en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el art. 79 bis LMV, que luego fue desarrollado por el RD 217/2008, de 15 de febrero.

El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2). Además deben proporcionarles, «de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión», que «deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias» (apartado 3).



3. Pero, sin necesidad de revisar la valoración jurídica que encierra la consideración de que en la comercialización de este producto se han cumplido los reseñados deberes de información, debemos desestimar el motivo, porque, en cualquier caso, su incumplimiento no podría justificar, como se pretende, la nulidad parcial del contrato por error vicio.

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. Y en este sentido nos hemos pronunciado en otras ocasiones, por ejemplo en la sentencia 450/2016, de 1 de julio :

«(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».

Como hemos advertido al comienzo, en cuanto el motivo se liga exclusivamente a la pretensión de nulidad del derivado implícito, esto es, a la nulidad parcial del contrato, debe desestimarse porque el incumplimiento de los deberes de información invocados no podría justificar lo pedido.

TERCERO.- Costas

Desestimado el recurso de casación, imponemos a la parte recurrente las costas ocasionadas por su recurso (art. 398.1 LEC).

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

esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Pedro Jesús y Raimunda contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (sección 4ª) de 24 de abril de 2014 (rollo núm. 83/2014) que conoció de la apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Jumilla de 14 de octubre de 2013 (juicio ordinario 319/2012). 2.º- Imponer las costas del recurso a la parte recurrente. Y líbrense 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.