



Roj: **STS 2117/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2117**

Id Cendoj: **28079110012019100341**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/06/2019**

Nº de Recurso: **109/2017**

Nº de Resolución: **360/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TO 1011/2016,**  
**STS 2117/2019,**  
**AATS 9004/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 360/2019**

Fecha de sentencia: 26/06/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 109/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/06/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 109/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 360/2019**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 26 de junio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Toledo como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Torrijos. Los recursos fueron interpuestos por la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Teresa Dorrego Rodríguez y bajo la dirección letrada de Carlos Aranguren Echevarría. Es parte recurrida Torcuato , María Cristina y las entidades Dántoles S.L. y Mandent Medical S.L., representadas por el procurador Narciso Pérez Puerta y bajo la dirección letrada de Eduardo Blanco Sánchez.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Narciso Pérez Puerta, en nombre y representación de Torcuato , María Cristina y de las mercantiles Dántoles S.L. y Mandent Medical S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Torrijos, contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., para que se dictase sentencia:

"por la que: Se declaren nulos y por tanto falta de eficacia los contratos denominados permuta financiera de tipos de interés, fecha de operación 27-9-2007, fecha de inicio 30-9-2007 y fecha de vencimiento 31-5-2020, acompañados al escrito de demanda celebrado entre BBVA, S.A. y Dántoles S.L.P., debiendo declararse anuladas todas las liquidaciones giradas o practicadas o de las sucesivas que pudieran practicarse en virtud de la cobertura de dichos contratos por la entidad bancaria a cargo del actor, en consecuencia, se condene a la entidad BBVA a devolver al actor la cantidad de 107.265,98€ que fue cargada en su cuenta como consecuencia de esos contratos, es decir las liquidaciones giradas a su nombre, más las que pudieran abonarse por el actor hasta la declaración judicial de nulidad a los que habrá que sumar los intereses legales de aquellas cantidades objeto de condena desde la fecha de interpelación judicial hasta su completo pago, al declararse la existencia de error excusable en el consentimiento por parte del actor y/o dolo por parte de la demandada en la firma del contrato detallados, con todas las consecuencias inherentes a dicha declaración y, todo ello, con imposición de las costas a la parte demandada.

"Se declaren nulos y por tanto falta de eficacia los contratos denominados permuta financiera de tipos de interés, fecha de operación 9-11-2007, fecha de inicio 9-11-2007 y fecha de vencimiento 9-11-2022, concretamente el derivado financiero implícito que se incluyó en el clausulado del préstamo a favor de BBVA por capital de 1.290.000€, siendo las condiciones financieras las que constan en la escritura de préstamo hipotecario y producto derivado financiero implícito número NUM000 según exponiendo I de la escritura, acompañados al escrito de demanda celebrado entre BBVA S.A. y Mandent Medical S.L., y como avalistas Don Torcuato y Doña María Cristina , debiendo declararse anuladas todas las liquidaciones giradas o practicadas o de las sucesivas que pudieran practicarse en virtud de la cobertura de dichos contratos por la entidad bancaria a cargo del actor, en consecuencia, se condene a la entidad BBVA a devolver al actor la cantidad de 183.575,10€ que fue cargada en su cuenta como consecuencia de esos contratos, es decir las liquidaciones giradas a su nombre, más la que pudieran abonarse por el actor hasta la declaración judicial de nulidad a los que habrá que sumar los intereses legales de aquellas cantidades objeto de condena desde la fecha de interpelación judicial hasta su completo pago, al declararse la existencia de error excusable en el consentimiento por parte del actor y/o dolo por parte de la demandada en la firma del contrato detallado, con todas las consecuencias inherentes a dicha declaración y, todo ello, con imposición de las costas a la parte demandada".

2. La procuradora Teresa Dorrego Rodríguez, en representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado 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 actora".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Torrijos dictó sentencia con fecha 1 de diciembre de 2015 , con la siguiente parte dispositiva:

"Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales don Narciso Pérez Puerta, en nombre y representación procesal de Torcuato , María Cristina , Dántoles S.L. y Mandent Medical, S.L. frente a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. y, en consecuencia:

"1º) Se declara nula, por error en el consentimiento, la permuta financiera de tipos de interés celebrada, con fecha 27.09.2007, entre BBVA y Dántoles S.L. (fecha de inicio 30.09.2007 y fecha de vencimiento 31.05.2020)



así como todas las liquidaciones practicadas en su ejecución, debiendo restituirse cada parte las prestaciones realizadas en ejecución de la misma y, por tanto, condenando a BBVA a que abone a Dántoles la cantidad de 107.265,98 € así como las que la actora haya abonado en aplicación del contrato anulado hasta la declaración de nulidad así como el interés legal del dinero sobre ese importe desde la fecha de la presentación de la demanda hasta la fecha de esta sentencia y el interés legal del dinero incrementado en dos puntos porcentuales desde dicho momento y hasta su completo pago.

"2º) Se declara nulo, por error en el consentimiento, el derivado financiero implícito NUM000 de permuta financiera de tipos de interés incluido en la escritura pública de préstamo hipotecario de 09.11.2007 (conservando su validez el préstamo hipotecario contenido en la misma), celebrado entre BBVA y Mandent Medical S.L. y en el que actúan como avalistas Torcuato y María Cristina, así como todas las liquidaciones practicadas en su ejecución, debiendo restituirse cada parte las prestaciones realizadas en ejecución de la misma y, por tanto, condenando a BBVA a que abone a Mandent Medical S.L. la cantidad de 183.575,10 € así como las que la actora haya abonado en aplicación del derivado anulado hasta la declaración de nulidad así como el interés legal del dinero sobre ese importe desde la fecha de la presentación de la demanda hasta la fecha de esta sentencia y el interés legal del dinero incrementado en dos puntos porcentuales desde dicho momento y hasta su completo pago.

"Todo a parte de ello con expresa condena en costas del procedimiento 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 1.ª de la Audiencia Provincial de Toledo, mediante sentencia de 17 de noviembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que desestimando el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 3 de Torrijos, con fecha 1 de diciembre de 2015, en el procedimiento núm. 579/14, de que dimana este rollo, imponiendo las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte apelante".

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

1. La procuradora Teresa Dorrego Rodríguez, en nombre y representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Toledo.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"1º) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción del art. 1266 del CC.

"2º) Infracción del art. 1266 del CC.

"3º) Infracción del art. 1303 del CC".

2. Por diligencia de ordenación de 10 de enero de 2017, la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.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 la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Teresa Dorrego Rodríguez; y como parte recurrida Torcuato, María Cristina y las entidades Dántoles S.L. y Mandent Medical S.L., representadas por el procurador Narciso Pérez Puerta.

4. Esta sala dictó auto de fecha 13 de marzo 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 17 de noviembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Toledo, en el recurso de apelación 57/2016 dimanante de los autos de juicio ordinario 579/2014 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Torrijos, en cuanto a la cuestión planteada en el motivo tercero del escrito de interposición.



"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.

"Inadmitir los motivos primero y segundo del recurso de casación formulado por la indicada parte litigante contra la expresada sentencia.

"Inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la indicada parte litigante contra dicha sentencia, con imposición de las costas de este recurso al banco recurrente, que perderá el depósito constituido."

5. Dado traslado, la representación procesal de Torcuato , María Cristina y las entidades Dántoles S.L. y Mandent Medical S.L., 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 6 de junio 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 27 de septiembre de 2007, Dántoles, S.L. concertó con BBVA una permuta financiera de tipos de interés, por un nominal de 800.000 euros, para cubrir el riesgo de la variabilidad del interés del préstamo hipotecario que había sido suscrito el 1 de abril de 2004.

El 9 de noviembre de 2007, Mandent Medical, S.L. concertó con BBVA un préstamo hipotecario por un importe de 1.290.000 euros, que contenía un derivado implícito. El préstamo fue avalado por Torcuato y María Cristina

2. En una demanda conjunta, Torcuato , María Cristina , Mandent Medical, S.L. y Dántoles, S.L. pidieron que fuera declarada la nulidad por error vicio en el consentimiento tanto del swap explícito (contrato de confirmación de permuta financiera de tipo de interés), como del derivado financiero implícito incorporado en el préstamo hipotecario suscrito por las partes en fecha 9 de noviembre de 2007. Consecuencia de la nulidad, pedían la condena a la restitución de las cantidades cobradas al demandante en aplicación de la permuta financiera y del derivado implícito, que cuantificaban hasta ese momento en: 107.265,98 euros, en el caso del swap explícito, a favor de Dántoles, S.L.; y 183.575,10 euros, en el caso del derivado implícito, y a favor de Mandent Medical, S.L.

3. La sentencia dictada en primera instancia estimó la demanda íntegramente. Apreció la existencia de error vicio en la contratación de la permuta financiera y también del derivado implícito, y declaró la nulidad de ambos. También condenó al banco a pagar lo que había cobrado indebidamente por aplicación de estos productos financieros.

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 extraordinario por infracción procesal, que ha sido inadmitido, y recurso de casación, del que se han inadmitido los dos primeros motivos y se ha admitido el tercero.

### SEGUNDO. Recurso de casación

1. *Formulación del motivo tercero* . El motivo denuncia la infracción del art. 1303 CC , respecto de la determinación de las consecuencias de la declaración de nulidad del derivado implícito.

En el desarrollo del motivo razona lo siguiente:

"Por su propia definición, el derivado implícito no puede ser separado del contrato principal (porque es el que permite obtener el tipo fijo de la financiación) por lo que la sentencia vulnera el art. 1303 del Código Civil ".

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 ( 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 9 de noviembre de 2007.

Se mantiene la nulidad de la permuta financiera pactada el 27 de septiembre de 2007 y, como efecto consiguiente a esta nulidad, la recíproca restitución de las liquidaciones percibidas por cada una de las partes.

#### **TERCERO.** Costas

**1.** Estimado en parte el recurso de casación, no hacemos expresa condena en costas ( art. 398.2 LEC ).

**2.** Estimado en parte el recurso de apelación de BBVA, tampoco hacemos expresa condena en costas ( art. 398.2 LEC ).

**3.** Desestimadas parcialmente las pretensiones ejercitadas en la demanda, no procede hacer expresa condena respecto 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 Toledo (sección 1ª) de 17 de noviembre de 2016 (rollo núm. 57/2016 ), que casamos y modificamos en el siguiente sentido.

**2.º** Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Torrijos, de 1 de diciembre de 2015 (juicio ordinario núm. 579/2014), en el sentido de confirmar la nulidad del contrato de permuta financiera de 27 de septiembre de 2007, y ordenar la recíproca restitución de las prestaciones percibidas por cada una de las partes como consecuencia de las liquidaciones practicadas durante la vigencia de dicho contrato; y desestimar el resto de las pretensiones ejercitadas en la demanda, de las que absolvemos a la demandada.

**3.º** No hacemos expresa condena en costas ni primera y segunda instancia, ni tampoco en casación. 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.