



Roj: **STS 3711/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3711**

Id Cendoj: **28079110012019100596**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/11/2019**

Nº de Recurso: **3234/2017**

Nº de Resolución: **620/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 2243/2017,**
STS 3711/2019,
ATS 3943/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 620/2019

Fecha de sentencia: 20/11/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3234/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/11/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3234/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 620/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

D. Jose Luis Seoane Spiegelberg



En Madrid, a 20 de noviembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 5 de junio de 2017, dictada en recurso de apelación 252/2017, de la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, dimanante de autos de juicio ordinario 642/2016, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Valencia; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representado en las instancias por la procuradora Dña. Cristina Litago Lledó, bajo la dirección letrada de D. Rafael Castellano Lasa, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la procuradora Dña. Ana Espinosa Troyano en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad Asesoramiento AS4 S.L., representada por la procuradora Dña. Laura Argentina Gómez Molina, bajo la dirección letrada de Dña. Clara Rico Cabrera.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- La entidad mercantil Asesoramiento AS4 S.L., representada por la procuradora Dña. Isabel Ballester Gómez y dirigida por la letrada Dña. Clara Rico Cabrera, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se tuviera por formulada demanda por:

"1.º) Principal: Acumulando acción declarativa individual de nulidad de contrato marco de operaciones financieras y contrato de confirmación de permuta financiera y la acción de reclamación de cantidad, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno por ausencia en el consentimiento, consistente en error obstativo de mi representado. Y, consecuentemente con la declaración anterior de nulidad, se condene a la entidad demandada a abonar a mi mandante el importe satisfecho a consecuencia de las liquidaciones practicadas en relación con el contrato de referencia, así, como a abonar a mi mandante cualquier otra cantidad que le fuera cargada en dicho concepto durante el presente proceso, más los intereses legales de dichas sumas, según art. 1303 CC.

"2.º) Subsidiariamente acción de enriquecimiento injusto y acción de negligencia en el cumplimiento de las obligaciones de la entidad bancaria, acordándose que se sustancie por los trámites del juicio ordinario, dictándose en su día sentencia por la que se declare nulo el contrato marco de operaciones financieras y confirmación del derivado financiero y las cláusulas del préstamo invocadas y; se condene a la Entidad BBVA S.A. demandada a restituir la cantidad de noventa y nueve mil ciento noventa y dos euros con setenta y dos céntimos (99.192,72.-€), más los intereses legales que se devenguen desde la presentación de la demanda.

"3.º) Se condene a la entidad demandada al pago de las costas del procedimiento".

2.- La entidad demandada Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., representada por la procuradora Dña. Cristina Litago Lledó y bajo la dirección letrada de Dña. Patricia Reija Fernández, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día 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.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Valencia se dictó sentencia, con fecha 12 de diciembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Desestimar íntegramente la demanda presentada por Asesoramiento AS4 S.L. contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. y absolver a la entidad demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

"Todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia, con fecha 5 de junio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Estimamos el recurso de apelación formulado por la representación de Asesoramiento AS4 S.L. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia 17 de Valencia de 12 de diciembre de 2016, que revocamos.

"Estimamos la demanda presentada por la representación de Asesoramiento AS4 S.L. contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. y en su consecuencia declaramos la nulidad por vicio de consentimiento del



derivado financiero incorporado al contrato de préstamo de 1 de marzo de 2017 (apartados 4.2, 4.3 y 4.4 del documento indicado en relación con la declaración final) y documento de novación de 23 de marzo de 2012 en cuanto contempla su reestructuración. Tal declaración de nulidad generará los efectos que resultan del artículo 1303 del C. Civil, determinándose el importe de la liquidación por los trámites prevenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

"Se imponen las costas de la primera instancia a la parte demandada.

"Respecto de las costas de la apelación, cada una de las partes soportará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

"Acordamos la restitución del importe del depósito constituido para recurrir".

TERCERO.- 1.- Por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Amparado en el ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia por infracción de los artículos 216 y 218 de la LEC al conceder cosa distinta de la solicitada.

Motivo segundo.- Amparado en el ordinal 3.º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido causar indefensión (art. 469.1.3.º LEC) por infracción de los artículos 412 y 426 de la LEC y 24 CE.

El recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Infracción del art. 1266 del Código Civil y jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de derivados implícitos en cuanto a la imposibilidad de declarar la nulidad por vicio de consentimiento de las cláusulas relativas al derivado implícito manteniendo subsistente el resto del contrato.

Motivo segundo.- Infracción del art. 1303 del Código Civil en la determinación de las consecuencias de la declaración de nulidad de las cláusulas relativas al derivado implícito.

Motivo tercero.- Infracción del art. 1266 del Código Civil por inexistencia de vicio del consentimiento de naturaleza esencial e inexcusable.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 19 de junio de 2019, se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Laura Argentina Gómez Molina, en nombre y representación de la mercantil Asesoramiento AS4 S.L., presentó escrito de oposición a ambos recursos.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 6 de noviembre de 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

1.- La demanda.

- La demanda se interpone por una sociedad limitada frente al Banco (BBVA).
- Sobre nulidad de contrato marco de operaciones financieras y de contrato de confirmación de permuta financiera. (Derivado implícito).
- Contrato suscrito el 1 de marzo de 2007.
- La póliza de préstamo se novó el 23 de marzo de 2012 y se reestructuró el derivado implícito.

2.- Audiencia Previa.

Según las manifestaciones del Banco demandado, en la audiencia previa la mercantil demandante modificó la petición de la demanda y la amplió a la petición de nulidad del préstamo que contenía el derivado implícito y de su novación.

3.- La sentencia de primera instancia.



Desestimó la demanda. Entendió que el demandante (inspector de hacienda excedente) tuvo un conocimiento completo del producto contratado

4.- La sentencia de segunda instancia.

Estimó el recurso de apelación de la mercantil demandante y declaró la nulidad del derivado implícito y de la reestructuración del mismo efectuada en la escritura de novación del préstamo.

5.- Interposición de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

El Banco demandado ha interpuesto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

En el recurso por infracción procesal se alegó:

- Incongruencia: se ha concedido algo distinto a lo solicitado, porque la petición inicial de nulidad del derivado implícito del suplico de la demanda se amplió en la audiencia previa a la petición de nulidad del préstamo con derivado implícito.

- La modificación de la demanda efectuada en la audiencia previa no debió ser admitida.

En el recurso de casación se alegó:

Interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre:

- No cabe declarar la nulidad parcial del contrato, solo de la cláusula que contiene el derivado implícito, por error vicio.

- Consecuencias de la declaración de nulidad solo del derivado implícito.

- Inexistencia de error esencial y excusable.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- *Motivos primero y segundo.*

1.º- Amparado en el ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia por infracción de los artículos 216 y 218 de la LEC al conceder cosa distinta de la solicitada.

2.º- Amparado en el ordinal 3.º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido causar indefensión (art. 469.1.3.º LEC) por infracción de los artículos 412 y 426 de la LEC y 24 CE.

Se desestiman los motivos.

Se fundamentan los motivos en el cambio de demanda, dado que en la demanda se solicitó la nulidad del derivado, modificándose en audiencia previa para solicitar la nulidad íntegra del préstamo.

En la sentencia del Juzgado de Primera Instancia se desestimó el pretendido cambio de la demanda, al entender que de la fundamentación jurídica de la demanda se deducía lo solicitado.

En la oposición al recurso de apelación el BBVA volvió a plantear la cuestión, no entrando, expresamente, en ello la sentencia de segunda instancia, que estimó la demanda, acordando solo la nulidad del derivado.

El hoy recurrente en infracción procesal no planteó complemento de sentencia o aclaración, necesarios para que se analizase el pretendido quebrantamiento procesal, derivado del pretendido cambio de la demanda, ausencia de complemento que fue denunciada por la parte recurrida como causa de inadmisibilidad del presente recurso.

Esta Sala debe desestimar los motivos, dado que la parte recurrente antes de interponer el recurso extraordinario por infracción procesal, debió plantear complemento o aclaración de sentencia y al no hacerlo, concurre la causa de inadmisión alegada que se convierte en causa de desestimación, en esta fase procesal (art. 469.2 LEC).

Recurso de casación.

TERCERO.- *Motivos primero, segundo y tercero.*

1.º- Infracción del art. 1266 del Código Civil y jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de derivados implícitos en cuanto a la imposibilidad de declarar la nulidad por vicio de consentimiento de las cláusulas relativas al derivado implícito manteniendo subsistente el resto del contrato.

2.º- Infracción del art. 1303 del Código Civil en la determinación de las consecuencias de la declaración de nulidad de las cláusulas relativas al derivado implícito.

3.º- Infracción del art. 1266 del Código Civil por inexistencia de vicio del consentimiento de naturaleza esencial e inexcusable.

Se estiman los motivos.

La parte recurrente entiende que no puede declararse la nulidad de un derivado implícito integrado dentro del mismo contrato de préstamo, como "condición esencial" del mismo, es decir, que no cabe la nulidad parcial de un contrato de estas características.

Esta Sala ha declarado en sentencia 4/2019, de 9 de enero:

"Pero 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, a la supresión del derivado implícito y la integración del contrato mediante la inclusión de un interés variable referenciado al Euribor sin diferencial".

"En otras sentencias anteriores ya nos hemos pronunciado en tal sentido. Por ejemplo, en la sentencia 366/2017, de 8 de junio, con cita de la anterior sentencia 450/2016, de 1 de julio:

"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".

Aplicada esta doctrina al caso de autos debemos estimar el recurso de casación, dejando sin efecto la nulidad parcial acordada por la Audiencia Provincial, en cuanto el *swap* como derivado implícito formaba parte inescindible del contrato de préstamo, como condición esencial, no pudiendo anularse parte del contrato, en tanto desnaturalizaría el contenido de lo pactado, hasta el punto de que no se sabría cuál es el tipo de interés aplicable al préstamo en caso de ausencia de *swap*.

En este sentido, en el suplico de la demanda se pide la nulidad del derivado financiero pero sin concretar cuál sería el tipo de interés subsistente para el préstamo y tal indefinición viene a confirmar la inseparabilidad del derivado financiero con respecto al préstamo.

CUARTO.- Costas.

Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal se imponen las costas del mismo al recurrente (art. 398.1 LEC), con pérdida del depósito constituido para dicho recurso.

Estimado el recurso de casación no se efectúa imposición de las costas en el mismo (art. 398.2 LEC), con devolución del depósito constituido al recurrente.

Se efectúa la imposición de costas de la primera instancia y de la apelación al demandante.

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 extraordinario por infracción procesal interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. contra la sentencia de 5 de junio de 2017 de la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia (apelación 252/2017).

2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la misma entidad BBVA, S.A. contra la sentencia reseñada.

3.º- Casar la sentencia recurrida en el sentido de desestimar íntegramente la demanda interpuesta por la mercantil Asesoramiento AS4 S.L..

4.º- Se imponen al recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y la pérdida del depósito constituido para recurrir.



5.º- No se efectúa expresa imposición de las costas del recurso de casación con devolución al recurrente del depósito constituido para este recurso.

6.º- Se imponen a la demandante las costas de primera instancia y de apelación.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ