



Roj: **STS 3147/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3147**

Id Cendoj: **28079110012016100451**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/07/2016**

Nº de Recurso: **609/2014**

Nº de Resolución: **450/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP IB 145/2014,**
STS 3147/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 1 de julio de 2016

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 sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Manacor. Los recursos fueron interpuestos por la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Ana Llorens Pardo. Es parte recurrida la entidad Miguel Galmés S.L., representada 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 Galmés, en nombre y representación de la entidad Miguel Galmés S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Manacor, contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA), para que se dictase sentencia:

«con los siguientes pronunciamientos:

»1.- *Decretar la nulidad del contrato de préstamo con derivado financiero implícito suscrito por la entidad demandada y mi representado el día 25 de septiembre de 2007, con la intervención del notario de Manacor, Don Enrique Cases Bergon, con obligación para las partes de restituirse recíprocamente los pagos efectuados a raíz del contrato.*

»2.- *Imponer a la parte demandada las costas de este procedimiento.*

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

«dicte 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, con mención expresa de su temeridad.*

3.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Manacor dictó sentencia con fecha 19 de junio de 2013, con la siguiente parte dispositiva:



«Fallo: Que desestimando la demanda presentada por la procuradora doña María Marcaró Galmés, en nombre y representación de la entidad Miguel Galmés S.L.

»No hay lugar a declarar la nulidad del contrato de préstamo con derivado financiero implícito, celebrado entre Miguel Galmés S.L. y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. el día 25 de septiembre de 2007.

»Procede la condena en costas al demandante».

SEGUNDO.- Tramitación en primera instancia

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la entidad Miguel Galmés S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, mediante Sentencia de 29 de enero de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: 1º) Se estima en parte el recurso de apelación formulado por la entidad Miguel Galmés S.L., representada en esta alzada por el procurador Sr. Mascaró (sic), contra la sentencia de 19 de junio de 2013, dictada por el Ilmo. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 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 la citada mercantil Miguel Galmés S.L., contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por el procurador Sr. Cerdá, declarando la nulidad de la cláusula 4.4, relativa a la "liquidación del derivado financiero por la amortización o el vencimiento anticipado de este contrato" cláusula contenida en el contrato suscrito entre los litigantes el 25 de septiembre de 2007, 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 extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

1.- El procurador Juan Cerdá Bestard, en representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 3.^a.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«1º) Infracción de los arts. 216 y 218 LEC .

»2º) Infracción del art. 24 CE ».

El motivo del recurso de casación fue:

«1º) Infracción del art. 1266 CC ».

2.- Por diligencia de ordenación de 28 de febrero de 2014, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 3.^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 Ana Llorens Pardo; y como parte recurrida la entidad Miguel Galmés S.L., representada por la procuradora Teresa Castro Rodríguez.

4.- Esta Sala dictó Auto de fecha 4 de febrero de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad BBVA S.A. contra la sentencia dictada, el día 29 de enero de 2014, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3ª), en el rollo de apelación n.º 400/2013, dimanante del juicio ordinario n.º 396/2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Manacor».

5.- Dado traslado, la representación procesal de la entidad Miguel Galmés S.L., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

6.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 8 de junio de 2016, 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.

Miguel Galmés, S.L., para la financiación de su participación en los gastos de adquisición, instalación y montaje de una planta de energía solar, concertó con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (en adelante, BBVA) un contrato de préstamo por un importe de 619.200 euros, que incluía un derivado financiero. El contrato fue firmado el día 25 de septiembre de 2007.

El contrato preveía el ingreso del capital prestado en una cuenta especial en el banco BBVA (cláusula 1.bis) y un calendario para su entrega progresiva al prestatario (cláusulas 1.bis 1,2 y 3). La devolución del capital y de los intereses remuneratorios del préstamo habría de realizarse a través de 168 cuotas mensuales (cláusula segunda). El tipo de interés era variable (cláusula 4.1.2.2) en cuanto consistía en:

(i) Si el Euribor 12 meses correspondiente a la fecha de inicio del periodo de interés es igual o inferior al 5,50%, el Tipo Variable será el 4,92%.

(ii) Si el Euribor 12 meses correspondiente a la fecha de inicio del periodo de interés es superior al 5,50%, el Tipo Variable será el resultado de sumar al Euribor 12 meses de dicha fecha, 25 centésimas porcentuales (0,25%).

También preveía la obligación de Miguel Galmés S.L. de cesión de los derechos económicos derivados de la explotación de la planta de energía solar para la aplicación de las cantidades obtenidas a la devolución del préstamo (cláusula decimoctava). Esta obligación de cesión quedó concretada a través de un segundo contrato adicional de fecha 28 de agosto de 2008.

El contrato de 25 de septiembre de 2007 contenía la siguiente cláusula sobre el derivado financiero concertado:

«4.2. Derivado Financiero

» 4.2.1. Por "Derivado Financiero" se entiende la sustitución del pago de un interés variable de mercado por el tipo de interés definido en la cláusula 4.1 anterior y la estructura de amortización prevista en este contrato.

» 4.2.2. A los efectos previstos en la estipulación 4.4. de este contrato, el interés variable de mercado a que se refiere el apartado 4.2.1. es el Euribor (Euro Interbank Offered Rate), es decir, el tipo de interés, promovido por la Federación Bancaria Europea, consistente en la media aritmética simple de los valores diarios con días de mercado para operaciones de depósitos en euros a plazo de 12 meses y publicado dos Días Hábil Target antes del comienzo de cada Período de Interés, calculado a partir del ofertado por una muestra de Bancos para operaciones entre entidades de similar calificación. Por "Día Hábil Target" se entenderá cualquier día de la semana, excluidos sábados, domingos y los días festivos fijados como tales en el calendario del sistema de pagos en euros Target (Trans-European Automated Real-Time Gross Settlement Express Transfer System). Cuando en el mercado interbancario no hubiere disponibilidad de fondos al plazo establecido anteriormente, el tipo de referencia aplicable será el Euribor al plazo superior más cercano existente en la fecha de cálculo citada».

La cláusula 4.4 era la relativa a la cancelación del derivado financiero, y es del siguiente tenor literal:

« 4.4. Liquidación del Derivado Financiero por la amortización o el vencimiento anticipado de este contrato.

» 4.4.1. En los supuestos contemplados en la estipulación 4.3 anterior (vencimiento anticipado y amortización anticipada total o parcial) que implican y conllevan la cancelación, total o parcial, del Derivado Financiero, el Banco determinará su valor de mercado de acuerdo con lo señalado en los apartados siguientes, pudiendo resultar de dicho cálculo una pérdida o beneficio.

»4.4.2. Ante cualquier supuesto de cancelación del Derivado Financiero, el Banco comunicará al prestatario el importe que, según los cálculos del Banco, debería éste cobrar del prestatario (expresado con signo positivo) o abonar a dicho prestatario (expresado con signo negativo) por la cancelación anticipada del Derivado Financiero (en lo sucesivo, **el Importe Resultante**).

Si el prestatario estuviera de acuerdo con los cálculos realizados por el Banco, el Importe Resultante se abonará o cargará, según corresponda, en la cuenta referida en la estipulación Primera con la fecha valor correspondiente a aquella en que se haga efectiva la citada amortización anticipada a instancias del prestatario o el mencionado vencimiento anticipado por el Banco (la Fecha de Cancelación), excepto si la mencionada cuenta no tuviere saldo suficiente para atender la totalidad de la citada cantidad resultante, en cuyo caso la parte no satisfecha se adeudará en una cuenta especial, denominada "Cuenta de Liquidación del Derivado



Financiero", la cual devengará a favor del Banco y hasta su completo pago los intereses moratorios previstos en la cláusula Quinta.

»Si el prestatario no estuviera de acuerdo con el cálculo del Importe Resultante de la cancelación anticipada del Derivado Financiero realizado por el Banco, lo notificará a éste por escrito, en la Oficina 6668 de Manacor-Estacio, antes de las 20.00 horas de Madrid del tercer Día Hábil a aquel en el que el Banco le hubiera comunicado dicho cálculo. Si el Banco no recibiera notificación alguna en dicho plazo se entenderá que el prestatario ha aceptado el cálculo realizado por el Banco.

»En caso de disconformidad, el Banco 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 Banco tendría en dicha fecha el Derivado Financiero implícito en la estructura de intereses y amortizaciones recogida 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 Santander Central Hispano.

» **4.4.3.** Determinado el **Importe Resultante** de la cancelación anticipada del **Derivado Financiero** en la forma prevista en el apartado 4.4.2. anterior, las partes procederán a su pago, según hubiere resultado un saldo acreedor o deudor para cada una de ellas, en la forma prevista en dicho apartado».

2. En su demanda, Miguel Galmés, S.L. solicitó la nulidad del contrato de préstamo, por error vicio en el consentimiento derivado de la falta de información de la entidad bancaria frente a su cliente. El contrato incluía un derivado financiero, respecto del que, siendo un producto complejo y de alto riesgo, el cliente no fue suficientemente informado conforme a la normativa legal. La falta de información afectaba no sólo a las características del derivado, sino también a los concretos riesgos y al régimen y coste de la cancelación anticipada. Junto a la declaración de nulidad, la demandante pidió el efecto consiguiente de la restitución de las cantidades pagadas a raíz del contrato.

3. El juzgado de primera instancia desestimó la demanda. En su sentencia razonó que el tipo de interés convenido, merced al derivado financiero, respondía al modelo de «interés variable con cláusula suelo». La cláusula contractual que lo introduce cumplía las exigencias de transparencia previstas en la jurisprudencia (contenida en la STS de 9 de mayo de 2013 y el posterior Auto de 3 de junio de 2013). Luego, entró propiamente en el enjuiciamiento del error y negó que hubiera existido tal error por parte de la demandante respecto de la naturaleza del tipo de interés aplicable al préstamo. Sí que advirtió falta de claridad en la cláusula 4.4 del contrato, relativa a la cancelación anticipada, pero entendió que ello carecía de trascendencia anulatoria del contrato. Y, finalmente, negó que el producto contratado pudiera ser calificado de producto complejo, con finalidad especulativa y de alto riesgo.

4. La Audiencia estimó en parte el recurso de apelación de la demandante y estimó también en parte la demanda, en el sentido de declarar la nulidad de la cláusula contractual 4.4, relativa a la «liquidación del derivado financiero por la amortización o el vencimiento anticipado de este contrato».

Para justificarlo, la sentencia de apelación lleva a cabo el siguiente razonamiento. En primer lugar, niega que el contrato concertado sea un préstamo de interés variable con un swap de tipos de interés. El contrato contiene un tipo de interés que se calcula del siguiente modo:

«se fija, cláusula 4.1.2.2 del contrato de préstamo, el tipo de interés para cada uno de los periodos de interés en función de las variaciones de un índice de referencia, en el presente caso EURIBOR a 12 meses más 0,25%, salvo que el índice de referencia bajara a partir de un determinado nivel, en cuyo caso se aplicaría un tipo de interés fijo del 4,92%, siempre que el euribor a 12 meses fuera igual o inferior al 5,50%, y, si fuera superior, tal como se ha indicado antes, el tipo variable será el resultado de sumar al euribor 12 meses de dicha fecha, 25 centésimas porcentuales 0,25».

Luego, argumenta por qué la entidad demandante no podía ser considerada una inversora profesional y concurría el deber de información sobre el producto contratado y sus riesgos:

«la entidad actora, constituida pocos días antes del otorgamiento del préstamo de autos, y respecto de la que no se ha acreditado la realización anteriormente de operaciones bancarias y/o financieras de cualquier tipo, no puede tener nunca la consideración de "profesional", sino de cliente bancario respecto del cual el banco se halla en la obligación de informar sobre los productos bancarios propuestos y facilitar la evaluación de los mismos respecto de sus reales condiciones y su adecuación a sus necesidades y situación financiera, de manera que pueda formar su voluntad y emitir su consentimiento negocial con pleno conocimiento de causa,



lo que impide a) destacar los beneficios potenciales del instrumento financiero "sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible" y b) ocultar, encubrir o minimizar ningún aspecto, declaración o advertencia importantes».

Después razona que la acreditación del cumplimiento del deber de información, conforme a las reglas de la carga de la prueba del art. 217 LEC, le correspondía al banco. Y advierte más tarde:

«El derivado financiero implícito aparece en el contrato de préstamo, sin que el Banco haya acreditado, más allá de la testifical de la directora de la sucursal que resulta insuficiente a tales efectos pues es empleada del banco, que tal figura fuera explicada al cliente en cuanto a las consecuencias para el contrato a suscribir, información y explicación necesarias a la vista del contenido de la cláusula 4.2, cuya oscuridad y complejidad resulta evidente al momento de su aplicación, cual es la "liquidación del derivado financiero por la amortización o el vencimiento anticipado de este contrato", cláusula 4.4 del contrato de préstamo, que alude, y así se reconoce en la sentencia apelada, a un supuesto "valor de mercado" del derivado financiero a la fecha de cancelación, expresado en términos de un saldo acreedor o deudor a favor o en contra del prestatario que se sumaría a la obligación de devolución del capital prestado, sin que se determine en el contrato, siquiera a modo genérico, cuáles serían las operaciones de cálculo de ese "valor de mercado". Cuando, además, en caso de disconformidad con la cuantía fijada unilateralmente por el BBVA, se establece que el banco solicitará a BANESTO, entidad de referencia, que le comunique el importe que cobraría en un supuesto similar, contenido que es tachado por el juez "a quo", y se comparte por este tribunal, de falta de claridad. Pero es que, además, la falta de transparencia de la concreta cláusula se pone de manifiesto desde el mismo momento en que no se determinan en el contrato, ni siquiera de modo genérico, como ya se ha dicho, cuales serían las concretas operaciones de cálculo de ese "valor de mercado", impidiendo conocer al prestatario cual sería el coste que podría implicar para él la cancelación anticipada del préstamo, siendo este un elemento que es considerado con entidad suficiente para generar la nulidad de la concreta cláusula de cancelación anticipada».

Finalmente, la sentencia concluye que la reseñada cláusula 4.4 «se halla viciada de nulidad por existencia de un error excusable dada la falta de información sobre el coste real de la cancelación anticipada, cláusula que además deja en manos de una sola de las partes, el BBVA, la validez y el cumplimiento del contrato, (...) por lo que dicha cláusula 4.4 debe ser expulsada del vínculo contractual, dejándola sin efecto y manteniendo el contrato en cuanto a la operación de préstamo en sus restantes condiciones».

La Audiencia es consciente de que no se había pedido en la demanda la nulidad de una concreta cláusula contractual, no obstante lo cual entiende que «dicha cuestión no supone ni la introducción de hechos nuevos ni la modificación de la causa de pedir, por cuanto que se funda en los mismos hechos en base a los cuales se pretendía la nulidad total del mismo contrato y, además, en base al mismo fundamento jurídico, es decir, el error vicio».

5. Frente a la sentencia de apelación, BBVA formula un recurso extraordinario por infracción, sobre la base de dos motivos, y recurso de casación fundado en un solo motivo.

SEGUNDO. *Recurso extraordinario por infracción procesal*

1. *Formulación del motivo primero*. El motivo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC. Denuncia la infracción de los arts. 216 y 218 LEC, por haber incurrido la sentencia recurrida en incongruencia, al haber concedido algo distinto de lo pedido. La demanda solicitó la nulidad por error vicio del contrato de préstamo con derivado financiero, concertado el 25 de septiembre de 2007, y la sentencia de apelación acordó la nulidad de una de las cláusulas del contrato, relativa a la liquidación del derivado financiero por la amortización o el vencimiento anticipado del contrato, también por error vicio, que no había sido solicitada.

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

2. *Estimación del motivo primero*. Con carácter general, venimos considerando que «el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el *petitum* [petición] y la *causa petendi* [causa de pedir] y el fallo de la sentencia» (Sentencias 173/2013, de 6 de marzo). «De tal forma que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (" *ultra petita* "), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (" *extra petita* ") y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (" *infra petita* "), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige por ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de la demanda y, en su caso, de contestación a la demanda y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito» (Sentencias 468/2014, de 11 de septiembre, y 375/2015, de 6 de julio).

En nuestro caso, el suplico de la demanda pidió expresamente que se decretara «la nulidad del contrato de préstamo con derivado financiero implícito suscrito por la entidad demandada (BBVA) y mi representado



(Miguel Galmés, S.L.) el día 25 de septiembre de 2007 (...), con obligación de las partes de restituirse recíprocamente los pagos efectuados a raíz del contrato». La *causa petendi* o razón de pedir aducida en la demanda era que el consentimiento de la demandante estaba viciado por error, consecuencia del incumplimiento por parte del banco del cumplimiento de los deberes de información sobre el producto financiero complejo que se concertaba y sus concretos riesgos, así como sobre la cancelación anticipada y sus costes.

Aunque el error aducido en la demanda se refería al derivado implícito y a sus efectos respecto de una eventual cancelación anticipada del préstamo, en cuanto elemento esencial del contrato de préstamo, no se pedía la nulidad de la cláusula 4.4 relativa a «la liquidación del derivado financiero por la amortización o el vencimiento anticipado del contrato», sino la nulidad de la totalidad del contrato.

La petición contenida en la demanda tenía su sentido pues, como 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.

La pretensión ejercitada (la nulidad del préstamo y la restitución de las prestaciones recibidas a raíz del contrato) y la pretensión estimada (la nulidad de la cláusula 4.4 de este contrato, relativa «la liquidación del derivado financiero por la amortización o el vencimiento anticipado del contrato») son distintas, sin que pueda sostenerse que la primera incluye a la segunda. No sólo porque la segunda pretensión tiene difícil cabida en nuestro derecho, sino también porque ni siquiera es una parte de la pretensión ejercitada. Cuando se estima la nulidad de la cláusula 4.4 relativa a la liquidación del derivado en caso de vencimiento anticipado, no se está estimando en parte la pretensión de nulidad del préstamo junto con la restitución recíproca de los pagos recibidos en virtud del contrato. Entre ellas no existe una relación de proporción cuantitativa, sino una distinción cualitativa.

TERCERO. *Consecuencias de la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal*

1. La consecuencia derivada de la estimación del motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal, según lo previsto en la regla 7ª de la disposición final 16ª, es que la Sala «dictará nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación».

En el único motivo del recurso de casación se cuestionaba la infracción del art. 1266 CC , relativo al error vicio, que para poder acarrear la nulidad del contrato debe ser esencial y excusable.

2. El contrato de préstamo concertado por las partes, en cuanto que incorporaba un derivado implícito que afectaba a la determinación de los intereses, y que luego estaba vinculado al coste de la cancelación o amortización anticipada del préstamo, requería respecto de estos extremos el cumplimiento de unos especiales deberes de información por parte del banco. El derivado constituye un producto complejo. De hecho, tras la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, el art. 79 bis 8 a) así lo contempla, pues, cuando establece los requisitos para considerar un producto financiero no complejo, expresamente exige que no sea un producto derivado. Luego a sensu contrario, un derivado es un producto complejo.

3. De este modo, aunque por la fecha del contrato, el 25 de septiembre de 2007, todavía no se había traspuesto la normativa MiFID, estaba vigente la que hemos venido a denominar pre-MiFID, que ya imponía a las empresas que prestaban servicios financieros unos deberes especiales de información.

Así lo hemos declarado en muchas ocasiones, entre ellas en las sentencias 460/2014, de 10 de septiembre , 547/2015, de 20 de octubre , y 60/2016, de 12 de febrero :

«También con anterioridad a la trasposición de la Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores daba una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.



»El art. 79 LMV ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de "asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]".

»Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

»El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

»1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

»3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

Obviamente, como la finalidad de los deberes de información expuestos es romper la asimetría informativa, suministrando al cliente minorista, inversor no profesional, la información y el conocimiento sobre el producto financiero que contrata y sus concretos riesgos del que puede carecer, la intensidad en la actividad informativa estará en función de este resultado y, para ello, del grado de complejidad del producto. A mayor complejidad, se requerirá una actividad informativa mayor, que disminuirá conforme sea menor la complejidad. De tal forma que la exigencia de información será la que se considere adecuada para que un cliente minorista pueda adquirir un conocimiento cabal del producto que contrata y de sus concretos riesgos.

4. Correspondía a la entidad financiera acreditar que con anterioridad a la firma del contrato había informado al cliente, en este caso al administrador de la sociedad Miguel Galmés, S.L., sobre las características del derivado financiero y, sobre todo, de los concretos riesgos que conllevaba, así como de las implicaciones que podía tener respecto de la amortización anticipada del préstamo, en concreto, en relación con el coste de dicha cancelación.

Ha quedado probado con la testifical de Leonor , directora de la oficina del banco que intervino en la concertación de este producto, que hubo alguna reunión previa a la firma del contrato. Consta también, por la documentación aportada con los escritos de alegaciones (documento nº 1 de la demanda), que entre la información previa se encontraba el folleto informativo y la oferta, ideada expresamente para quienes deseaban participar en el proyecto de inversión en energía solar fotovoltaica Generació Fotovoltaica, S.L. entre los que se encontraba Benigno .

En este folleto-oferta de financiación se ofrecía a los inversionistas, en el marco de precio total de la inversión de 669.600 euros, una financiación bancaria de 619.200 euros. El precio de la financiación que se ofrecía variaba, según se optara por un leasing o un préstamo a interés fijo (al 5,39%) o por un leasing o préstamo con un interés que se denominaba fijo bonificado. Este último interés, respecto del que se constituyó el derivado, consistía, tal y como está ofertado en lo siguiente: el tipo a aplicar era el 5,05% para toda la vida del leasing (o préstamo), siempre que el Euribor no superase el 5,25%; sólo en este caso (si superaba el 5,25%), el interés aplicable sería el Euribor a 12 meses más el 0,20%.

En dicho folleto-oferta, se volvía a explicar a continuación en términos muy claros y con una letra en la que la información relevante se resaltaba en negrita, las dos posibilidades que se ofertaban (o tipo fijo de 5,45%, o tipo fijo de 5,10% si el Euribor no superaba el 5,25%, y en este caso se aplicaría el Euribor más el 0,20%), y se comparaba con otras posibilidades, que el banco no ofrecía, como era el tipo variable referenciado al Euribor más un diferencial del 0,60%. En ese caso se hacía referencia a un Euribor a 12 meses al 4,50%.

En este caso, lo expuesto en la oferta, sobre la que versó la reunión previa que tuvo el cliente con Leonor , se adecuaba a una explicación clara y comprensible de cómo operaba el derivado y, en concreto, los efectos o consecuencias del mismo respecto de la determinación del interés aplicable al préstamo concertado, sin perjuicio de que los tipos de referencia variaron en el contrato firmado, en el siguiente sentido: se aplicaría



el Euribor a 12 meses correspondiente a la fecha de inicio del periodo de interés, siempre que fuera igual o inferior al 5,50%; y, caso de ser mayor, el Euribor a 12 meses más el 0,25%.

Por lo tanto, debemos concluir que respecto del derivado implícito había existido información suficiente, adecuada para su grado de complejidad, que no era mucho.

Pero el defecto de información radicaba sobre la liquidación del derivado y su incidencia en caso de amortización del préstamo. Leonor reconoció, durante su interrogatorio, que la información oral suministrada con carácter previo a la firma del contrato no alcanzó a este extremo. Sin perjuicio de que para ella la cláusula contractual era clara, en la medida en que el coste de la liquidación no podía preverse de antemano, pues el derivado estaba sujeto a una cotización. El folleto informativo-oferta nada explicaba al respecto. Y la mera lectura de la cláusula 4.4 no permite hacerse una idea de los costes concretos que podían llegar a representar en caso de amortización anticipada.

5. Jurisprudencia sobre el error vicio . Antes de analizar la incidencia del incumplimiento del deber de información reseñado (sobre el coste de cancelación del derivado en caso de amortización anticipada del préstamo) sobre el error vicio, conviene traer a colación la jurisprudencia sobre el error vicio, que en relación con productos financieros complejos se halla contenida en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 :

«Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

[...]

»El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

»El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

»Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida»

6. En este caso debemos entender que la falta de información afectaba a un elemento, los eventuales costes de la cancelación anticipada en caso de amortización del préstamo, que podía tener la consideración de esencial, respecto del cual el defecto de información contribuyó a que el cliente contratara el producto afectado por un error sustancial y trascendente, en cuanto que, de conocer ese extremo, no se hubiera concertado el producto financiero.

Es cierto que, por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

El error, que debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del derivado financiero, en concreto, los eventuales costes que puede generar en caso de cancelación anticipada. La imposición a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el derivado financiero contratado por las partes, del deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos, muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. «Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto



financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero» (Sentencia 359/2016, de 1 de junio).

7. En otras ocasiones hemos admitido que, como en el presente, el error pudiera recaer sobre los riesgos, representados por los eventuales costes económicos, derivados de la cancelación del producto financiero que se concertaba.

Lo apreciamos en la Sentencia 491/2015, de 15 de septiembre , en relación con el coste de la cancelación del swap, cuando se había ofrecido la posibilidad de cancelarlo y no se había suministrado suficiente información de lo que podía llegar a suponer este coste, y lo reiteramos en otras sentencias posteriores (por ejemplo, Sentencia 90/2016, de 19 de febrero).

Como hemos razonado en otras ocasiones, «es lógico que el cálculo del coste de cancelación pueda depender de indicadores concretos que no se conocen en el momento de la firma del contrato, y por ello no pueda cifrarse de antemano con detalle. Pero cuando menos el banco debía informar sobre los costes aproximados, dependiendo lógicamente de diferentes parámetros, entre ellos el momento en que se solicita la cancelación. El banco no puede informar del coste exacto de cancelación en cada momento de la duración del contrato, pero sí ha de dar una referencia genérica y aproximada, que pueda permitir al cliente hacerse una idea de cuánto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume» (Sentencias 491/2015, de 15 de septiembre y 669/2015, de 25 de noviembre). Esta argumentación referida a otro producto financiero complejo, es aplicable en el presente caso al derivado financiero incluido en el contrato de préstamo.

De este modo, el error sustancial y relevante sobre los riesgos derivados de la liquidación anticipada del derivado financiero vició de nulidad el contrato de financiación en el que se incluyó este derivado. Se trata de un error inexcusable, porque existía un deber de información sobre este extremo que no consta fuera cumplido por la entidad financiera.

8. En consecuencia, procede estimar el recurso de apelación formulada por el demandante, revocar la sentencia de primera instancia y declarar la nulidad por error vicio del contrato de 25 de septiembre de 2007, e imponer a las partes la obligación de restituirse los pagos derivados de dicho contrato.

Con esta decisión no se incurre en *reformatio in peius* , en cuanto que, como el propio recurrente (BBVA) razonó al justificar la incongruencia *ultra petita* , el pronunciamiento de la sentencia de apelación resultaba más beneficioso para el demandante que lo que había solicitado. Luego, a sensu contrario, para el banco este pronunciamiento de apelación era más perjudicial que el derivado de la estimación de la demanda.

CUARTO. Costas

1. La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal ha conllevado que no imponamos a ninguna de las partes las costas generadas por el recurso.

2. Tampoco hacemos expresa condena en costas respecto del recurso de casación, en la medida en que la estimación del anterior recurso ha impedido que entráramos a su resolución.

3. Estimado el recurso de apelación no procede imponer las costas de este recurso a ninguna de las partes.

4. Estimada la demanda íntegramente la demanda, imponemos a la parte demandada las costas ocasionadas por la demanda.

FALLO

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

1º Estimamos el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por la representación de Miguel Galmés, S.L. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (sección 3ª) de 29 de enero de 2014 (rollo núm. 400/2013), que dejamos sin efecto, sin que, como consecuencia de ello sea necesario resolver el recurso de casación que Miguel Galmés, S.L. contra esta sentencia. 2º Estimamos el recurso de apelación formulado por la representación de Miguel Galmés, S.L. contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Manacor de 19 de junio de 2013 (juicio ordinario 396/2012), que dejamos sin efecto. 3º Estimamos íntegramente la demanda formulada por Miguel Galmés, S.L. contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, y declaramos la nulidad del contrato de préstamo concertado por ambas partes el día 25 de septiembre de 2007, y condenamos a ambas partes a restituirse recíprocamente los pagos efectuados a raíz del contrato. 4º No hacemos expresa condena de los recursos extraordinario por infracción procesal, casación y apelación. 5º Imponemos las costas ocasionadas en primera instancia a la parte demandada, Banco Bilbao



Vizcaya Argenteria. 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ