



Roj: **STS 498/2021** - ECLI: **ES:TS:2021:498**

Id Cendoj: **28079110012021100079**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/02/2021**

Nº de Recurso: **3284/2018**

Nº de Resolución: **90/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 90/2021

Fecha de sentencia: 17/02/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3284/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/02/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 5.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 3284/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 90/2021

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 17 de febrero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Las Palmas de Gran Canaria. Es parte

recurrente la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Ana Espinosa Troyano y bajo la dirección letrada de Julián Jiménez Quintana. Es parte recurrida la entidad Hijos de Francisco López Santacruz S.A., representada por la procuradora Esperanza Higuera Ruiz y bajo la dirección letrada de Francisco Iniesta López Matencio.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Concepción Soto Ros, en nombre y representación de la entidad Hijos de Francisco López Santacruz S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Las Palmas de Gran Canaria, contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., para que se dictase sentencia por la que:

"- Se declare la nulidad de las cláusulas de Derivado Financiero (3.3, en lo referente al Derivado Financiero, 3.4, 3.5 y 3.6) incluida en el préstamo de garantía hipotecaria suscrito el 19 de junio de 2007.

"- En consecuencia con lo anterior se acuerde la devolución de las cantidades abonadas por la nulidad del citado producto, que hacen una suma de doscientos diez mil trescientos veintitrés euros con sesenta y nueve céntimos (210.323'69 euros), más los intereses legales correspondientes, pudiendo ambas partes liquidar/compensar sus créditos.

"- Todo ello con expresa imposición de costas".

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

"íntegramente desestimatoria de dicha demanda con expresa condena en costas al actor".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia con fecha 27 de mayo de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Doña Concepción Soto Ros en nombre y representación de Hijos de Francisco López Santacruz S.A. contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. debo declarar la nulidad de las cláusulas de derivado financiero (3.3 en lo referente al derivado financiero 3.4, 3.5 y 3.6) incluida en el préstamo con garantía hipotecaria suscrito el 19 de junio de 2007 y en consecuencia la devolución de las cantidades abonadas por la nulidad del citado producto que ascienden a doscientos diez mil trescientos veintitrés euros y sesenta y nueve céntimos de euros (210.323,69 euros) y sus intereses, junto con los indicados en el fundamento de derecho tercero de esta resolución, pudiendo ambas partes compensar/liquidar sus créditos y al pago de las costas procesales".

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 5.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria mediante sentencia de 16 de marzo de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por BBVA SA contra la sentencia dictada el 27 de mayo de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Las Palmas de Gran Canaria en el procedimiento ordinario 841/2015, debemos revocar y revocamos dicha resolución acordando en su lugar la parcial estimación de la demanda interpuesta por Hijos de Francisco López Santacruz SA, por lo que debemos declarar y declaramos nulas las cláusulas 3.5 y 3.6 contenidas en el préstamos de garantía hipotecaria suscrito el 29 de junio de 2007 entre las partes, debiendo cada parte hacer frente al pago de las costas respectivas generadas en primera y segunda instancia y las comunes, si las hubiere, por mitad".

3. Instada la aclaración/complemento de la anterior resolución por la representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria dictó auto de fecha 2 de mayo de 2018 por el que desestimaba la solicitud de complemento.

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. El procurador Francisco Ojeda Rodríguez, en representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., interpuso recurso de casación ante la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción de los arts. 1256 y 1266 CC.

"2º) Infracción del art. 1266 CC.

"3º) Infracción del art. 1266 CC".

2. Por diligencia de ordenación de 13 de junio de 2018, la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 5.ª) tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Ana Espinosa Troyano; y como parte recurrida la entidad Hijos de Francisco López Santacruz S.A., representada por la procuradora Esperanza Higuera Ruiz.

4. Esta sala dictó auto de fecha 14 de octubre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 16 de marzo de 2018 por la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.ª, en el rollo de apelación n.º 648/2016, dimanante del juicio ordinario n.º 841/2015, seguido ante Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Las Palmas de Gran Canaria, en cuanto a la infracción denunciada en el motivo primero.

"2º) Inadmitir el indicado recurso, en cuanto a las infracciones denunciadas en los motivos segundo y tercero".

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Hijos de Francisco López Santacruz 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 11 de febrero de 2021, 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 19 de junio de 2007, la entidad Hijos de Francisco López Santacruz, S.A., concertó con BBVA un préstamo hipotecario por un importe de 1.100.000 euros, que contenía un derivado implícito que afectaba a la determinación de los intereses.

2. En su demanda, Hijos de Francisco López Santacruz, S.A. pidió que fueran declaradas nulas por error vicio en el consentimiento las cláusulas relativas al derivado financiero implícito y la cancelación anticipada: 3.3, en lo referente al derivado financiero, 3.4, 3.5 y 3.6. Consecuencia de la nulidad, se pedía la eliminación de las cláusulas y la condena de BBVA a la restitución de las cantidades cobradas a la demandante en aplicación del derivado implícito, que se cifraba en 210.323'69 euros.

El banco demandado, al oponerse a la demanda, entre otras razones adujo la improcedencia de declarar la nulidad parcial del préstamo por error vicio.

3. La sentencia dictada en primera instancia estimó la demanda íntegramente. Apreció la existencia de error vicio en la contratación del derivado implícito y declaró la nulidad de las cláusulas (3.3, en lo referente al derivado financiero, 3.4, 3.5 y 3.6), y ordenó la devolución de las cantidades abonadas en aplicación de este derivado, que cifraba en 210.232,69 euros, y sus intereses.

4. Recurrida la sentencia de primera instancia en apelación por el banco demandado, la Audiencia estima en parte el recurso. Considera que no es nula la cláusula 3.3, en la que aparece la fórmula de determinación del interés, porque entiende que no existió error, ni tampoco la cláusula 3.4, que describe qué es y cómo funciona el Euribor, pues entiende que no constituye propiamente un convenio entre las partes. Sin embargo, mantiene la nulidad por error vicio de la cláusula 3.5, que atribuye al derivado implícito el carácter de condición esencial, y la 3.6, relativa a la "penalización por la cancelación anticipada del préstamo, cuyo funcionamiento, contenido y procedimiento de cálculo no aparece explicado en el contrato y no hay constancia de que se haya explicado en el trámite de negociaciones previas o coetáneas a su suscripción".

5. Frente a la sentencia de apelación, BBVA interpuso recurso de casación, del que sólo se ha admitido el motivo primero.

**SEGUNDO. Recurso de casación**

1. *Formulación del motivo primero.* El motivo denuncia la infracción de los arts. 1266 y 1256 del Código Civil, porque no cabe declarar la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario, por error vicio de dos cláusulas relativas a la penalización y liquidación en caso de cancelación anticipada.

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 algunas cláusulas relativas a un derivado implícito incorporado a un contrato de préstamo hipotecario y la penalización y liquidación en caso de cancelación anticipada, sin que afecte a la validez del resto del contrato, nos hemos pronunciado en otras ocasiones (sentencia 4/2019, de 9 de enero, con cita de las anteriores sentencias 450/2016, de 1 de julio, y 66/2017, de 2 de febrero, estas últimas citadas en el recurso).

Así, en la sentencia 4/2019, de 9 de enero, con cita de otras 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".

Estas consideraciones sirven también en este caso en que se ha declarado nula la cláusula 3.5. que atribuye al derivado financiero el carácter de condición esencial del contrato y la 3.6. relativa a las condiciones y el coste de la cancelación anticipada.

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 19 de junio de 2007.

TERCERO. Costas

1. Estimado el recurso de casación, no hacemos expresa condena en costas (art. 398.2 LEC), con devolución del depósito constituido para recurrir en casación, de conformidad con la Disposición Adicional 15.ª, apartado 8.ª, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

3. Desestimadas las pretensiones ejercitadas en la demanda, imponemos a la demandante la condena 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 Las Palmas de Gran Canaria (Sección 5.ª) de 16 de marzo de 2018 (rollo núm. 648/2016), que casamos y modificamos en el siguiente sentido.

2.º Estimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Las Palmas de Gran Canaria de 27 de mayo de 2016 (juicio ordinario núm. 841/2015), en el sentido de desestimar las pretensiones ejercitadas en la demanda, de las que absolvemos a la demandada.

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



4.º Imponemos las costas de primera instancia a la demandante.

5.º Acordar 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ