



Roj: **STS 4146/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4146**

Id Cendoj: **28079110012021100761**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/11/2021**

Nº de Recurso: **5711/2018**

Nº de Resolución: **789/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 789/2021

Fecha de sentencia: 16/11/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 5711/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 5711/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 789/2021

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 16 de noviembre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 25.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Madrid. Es parte recurrente la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Ana Llorens Pardo y bajo la dirección letrada de Julián

Avilés García. Es parte recurrida la entidad Parque Solar Villarrubia S.L., representada por la procuradora Elena Gutiérrez Pertejo y bajo la dirección letrada de Javier Val Fernández.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Elena Gutiérrez Pertejo, en nombre y representación de la entidad Parque Solar Villarrubia S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Madrid, contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., para que se dictase sentencia por la que:

"1.- Declare la nulidad del contrato derivado financiero implícito en el contrato de crédito mercantil de 8 de marzo de 2007, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración, con la consecuencia jurídica de que las partes deban devolverse las recíprocas prestaciones derivadas del contrato desde su firma.

"2.- Alternativamente, declare la nulidad de la totalidad de las cláusulas por las que, dentro del contrato de crédito mercantil, se regula un derivado financiero implícito, condenando al demandado a estar y pasar por esta declaración.

"3.- Subsidiariamente declare la no incorporación al contrato de crédito mercantil de 8 de marzo de 2007, las cláusulas del mismo que regulan un derivado financiero implícito por violación de la normativa sobre condiciones generales de la contratación.

"4.- En todos los casos, con condena en costas a la demandada".

2. La procuradora Ana Llorens Pardo, en representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"por la se desestimen íntegramente las pretensiones formuladas por Parque Solar Villarrubia S.L., en su demanda, condenando a la entidad demandante al pago de las costas causadas".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Madrid, dictó sentencia con fecha 7 de junio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que desestimando la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Dña Elena Gutiérrez Pertejo en nombre y representación de la mercantil Parque Solar Villarrubia, S.L. frente a la sociedad mercantil Banco-Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. no ha lugar a las pretensiones de la parte actora contenidas en su escrito de demanda con expresa condena en costas a la parte demandante".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Parque Solar Villarrubia S.L.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid mediante sentencia de 23 de octubre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña. Elena Gutiérrez Pertejo en nombre y representación de Parque Solar Villarrubia, S.L., planteado contra la sentencia de fecha 7 de Junio de 2017 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 101/2016, revocamos la expresada resolución, y en su virtud dictamos otra por la que, estimando la demanda promovida por la expresada parte contra BBVA, S.A. en su pretensión subsidiaria

"1. Declaramos nula la cláusula 6.5 del contrato celebrado por los litigantes de 8 de marzo de 2007, objeto de este litigio, donde se contempla y regula el derivado financiero.

"2. No hacemos imposición de las costas de la primera instancia ni de esta alzada, con devolución del depósito constituido".

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. La procuradora Ana Llorens Pardo, en representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., interpuso recurso de casación ante la Sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

El motivo del recurso de casación fue:

"1º) Al amparo de lo dispuesto por el artículo 477.2. 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al presentar la resolución del Recurso Interés Casacional por, pretendidamente, oponerse la Sentencia a la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

"2º) Infracción del art. 1266 del Código Civil".

2. Por diligencia de ordenación de 30 de noviembre de 2018, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.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 Llorens Pardo; y como parte recurrida la entidad Parque Solar Villarrubia S.L., representada por la procuradora Elena Gutiérrez Pertejo.

4. Esta sala dictó auto de fecha 9 de junio de 2021, 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 23 de octubre de 2018, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25.ª, en el rollo de apelación n.º 669/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 101/2016, seguido ante Juzgado de Primera Instancia n.º 21 de Madrid, en cuanto al motivo segundo formulado en el escrito de interposición".

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Parque Solar Villarrubia 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 3 de noviembre 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 8 de marzo de 2007, para refinanciar la construcción y explotación de una planta de energía fotovoltaica, Parque Solar Villarrubia, S.L. concertó con BBVA un contrato de crédito por un importe de 11.100.000 euros. El interés durante los primeros meses, hasta el 30 de abril de 2008, era variable (referenciado al Euribor a 6 meses más un diferencial de 1,30) y a partir de entonces, un interés fijo del 5,66% durante el resto de la vida del contrato (en total 15 años). En la cláusula 6.5 se pactó un derivado implícito.

2. En su demanda, Parque Solar Villarrubia, S.L. solicitó la nulidad del derivado financiero implícito, por error vicio en el consentimiento; y alternativamente solicitó la nulidad de la totalidad de las cláusulas por las que, dentro del contrato de crédito mercantil, se regula un derivado financiero implícito, por infracción de las normas sobre condiciones generales del contrato. De forma subsidiaria, pedía que se declarara la no incorporación, al contrato de crédito mercantil, de las cláusulas que regulan un derivado financiero implícito por violación de la normativa sobre condiciones generales de la contratación.

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

3. La sentencia dictada en primera instancia desestimó la demanda. Entendió que la acción de nulidad por error vicio estaba caducada. También desestimó la acción ejercitada de forma alternativa, de nulidad de las cláusulas que conformaban el derivado financiero implícito, al no apreciar "oscuridad, falta de reciprocidad y desequilibrio entre las prestaciones". Y, finalmente, desestimó la nulidad de esas cláusulas por un defecto de incorporación por las siguientes razones:

"Por cuanto, transmitida la información necesaria, con claridad, en fase precontractual como contractual, en la operación solicitada por la demandante, y negociada por intervinientes con plenos conocimientos económicos y empresariales, durante al menos un año con anterioridad a la firma y otorgamiento de la escritura pública, siendo acorde con la voluntad debidamente informada a los otorgantes e intervinientes, suficientemente informada del derivado financiero implícito (...), del establecimiento de un tipo de interés del 5,66% durante los 15 años del contrato y pago de cuotas constantes vinculado sin posibilidad de escisión al derivado financiero, así como el carácter de pacto esencial de tal derivado financiero y de su estructura, funcionamiento, alcance y riesgos -pérdidas y ganancias- para el supuesto de terminación pactada o cancelación anticipada, no se aprecia incumplimiento de la entidad bancaria en su actuación de la normativa de transparencia y prácticas

bancarias, no habiendo lugar a la pretensión de declarar la no incorporación al contrato de crédito mercantil de 8 de marzo de 2007, las cláusulas del mismo que regulan un derivado financiero implícito por violación de la normativa sobre condiciones generales de la contratación".

4. Recurrida la sentencia de primera instancia en apelación por el banco demandado, la Audiencia estima en el recurso. En primer lugar, entiende que la acción de nulidad por error vicio en el consentimiento no está caducada y luego, tras entrar a analizar la contratación del derivado implícito aprecia un defecto en el cumplimiento de las exigencias de información en la contratación de productos financieros complejos y también el error vicio en su contratación, propiciado por la falta de información. La Audiencia emplea el siguiente razonamiento:

"Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el derivado financiero no afecta al tipo de interés acordado, que en todo caso es del 5,66% durante toda la vida del préstamo, es decir, un tipo fijo de interés, querido y aceptado expresamente por la prestataria, que pidió un préstamo a interés fijo, no variable, pese a lo referido en el Informe pericial, pues la variabilidad sólo está convenida para el primer año, pero no a partir del día 30 de abril de 2008. El efecto del derivado financiero se ciñe exclusivamente a la cancelación o amortización del préstamo, ya sea total o parcial, sin incidencia alguna durante la vigencia del préstamo para la prestataria en el marco del cumplimiento regular del contrato, que a esos efectos funciona como cualquier otro préstamo con interés a tipo fijo, de modo que la nulidad únicamente puede darse en ese producto, y no, como pide la parte actora transformando el interés fijo convenido en uno variable. A esos efectos se ha de tener en cuenta, como se dice en el Informe Pericial, que la principal consecuencia perjudicial para el prestatario es verse cautivo del préstamo, impedido de amortizarlo anticipadamente para negociar otro más conveniente a sus intereses en momentos, como el presente, donde los tipos de interés variable son muy bajos.

"Por tanto, la nulidad del derivado financiero no ocasiona devoluciones monetarias, como pretende la parte actora en su petición principal de la demanda, que, con fundamento en el Informe pericial por ella presentado, considera que la nulidad del derivado implica eliminar el interés fijo convenido en la cláusula 6.4.2, y dejar el contrato de préstamo únicamente con el interés variable pactado en la cláusula 6.4.1

"Tal posibilidad desnaturalizaría el contrato por completo, y contraviene la intención de los contratantes, incluida la de la propia prestataria, pues, como ya hemos explicado, no estamos ante un contrato de préstamo a interés variable al que se añade un contrato de permuta de interés, con los intercambios monetarios ocasionados por esa figura financiera, sino en un contrato donde se convinieron dos tipos de interés, uno variable y otro fijo, claramente diferenciados en función de las fechas de su devengo.

"Lo así resuelto supone estimar la pretensión de nulidad en los términos que se expresan en el segundo ordinal del *petitum* de la demanda, entendiendo que la referencia hecha en ella a "... la totalidad de las cláusulas por las que, dentro del contrato de crédito mercantil, se regula un derivado financiero implícito..." se corresponde con la cláusula identificada como 6.5 y todos los subapartados que la integran".

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

SEGUNDO. Recurso de casación

1. *Formulación del motivo segundo.* El motivo denuncia la infracción del art. 1266 del Código Civil. Según el recurrente, "cuando concurre error-vicio en el consentimiento de naturaleza sustancial, relevante e inexcusable, tal error podría viciar la totalidad del contrato (crédito mercantil), determinando su ineficacia (pretensión que no ejercitada por la entidad demandante), pero nuestro derecho positivo no permite que se pueda declarar únicamente la nulidad de la cláusula de carácter esencial y definitoria del equilibrio contractual que conforma la estructura financiera del contrato (cláusula relativa al derivado implícito) manteniéndose la validez del resto del contrato".

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

2. *Desestimación del motivo segundo.* Es cierto que la jurisprudencia de esta sala ha venido denegando la nulidad parcial por vicio en el consentimiento de las cláusulas relativas a un derivado implícito pactado dentro de un contrato de préstamo hipotecario cuando constituía "parte inescindible e inseparable del contrato de préstamo" por haberse pactado para fijar el interés. Así lo expresamos 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):

"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".

La Audiencia ha entendido que en este caso las partes habían pactado, después de un primer periodo inicial con un interés variable (referenciado al Euribor a 6 meses más un diferencial de 1,30), un interés fijo del 5,66% durante el resto de la vida del contrato (en total 15 años). Y que el derivado implícito pactado en la cláusula 6.5, en la medida en que no afectaba a la fijación del interés, sino a la cancelación anticipada, carecía de la consideración de parte inescindible e inseparable del contrato de préstamo. El recurso no combate el fondo de esta argumentación, más allá de reiterar que la dicción literal de la cláusula art. 6.5 se refiera a ella como parte esencial del contrato. Se centra en la imposibilidad de declarar la nulidad parcial por error vicio en el consentimiento, y no contradice la razón dada por la Audiencia para justificar que el derivado implícito puede ser escindido del contrato de préstamo en cuanto que no es un elemento inescindible y por lo tanto cabe juzgar sobre su validez al margen de la del contrato de préstamo. Por esta razón, procede confirmar la sentencia de apelación y desestimar el recurso de casación.

TERCERO. Costas

Desestimado el recurso de casación, imponemos las costas del recurso a la parte recurrente (art. 398.1 LEC), con pérdida del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.ª, apartado 9.ª, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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 de casación interpuesto por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.ª) de 23 de octubre de 2018 (rollo núm. 669/2017), que conoció de la apelación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Madrid 7 de junio de 2017 (juicio ordinario núm. 101/2016).

2.º Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

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.