

Roj: **STS 358/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:358**Id Cendoj: **28079110012017100067**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **02/02/2017**Nº de Recurso: **1237/2013**Nº de Resolución: **66/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 2 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Valencia. El recurso fue interpuesto por las entidades Proinar S.L., Instalaciones Eléctricas del Mediterráneo S.L., Instalaciones Manuel García S.L., Caudete Solar de las Fuentes Solar 1 S.L. y Caudete de las Fuentes Solar 2 S.L., representadas por el procurador Guillermo García San Miguel Hoover. Es parte recurrida la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Alicia Oliva Collar.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. La procuradora Laura Oliver Ferrer, en nombre y representación de las entidades Proinar S.L., Instalaciones Eléctricas del Mediterráneo S.L., Instalaciones Manuel García S.L., Caudete Solar de las Fuentes Solar 1 S.L. y Caudete de las Fuentes Solar 2 S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Valencia, contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., para que se dictase sentencia:

«declarando la nulidad radical del derivado financiero incluido en cada uno de los contratos de leasing descritos, con la anulación de todas las liquidaciones practicadas desde el inicio y nuevo cálculo de las mismas sin aplicación de las condiciones económicas que se contemplan en el derivado financiero, esto es, calculando el importe de las cuotas del leasing atendiendo única y exclusivamente a lo dispuesto en el anexo 1 del contrato, y consecuentemente la devolución de la diferencia de los respectivos importes a cada una de mis representadas».

2. El procuradora Jesús Rivaya Carol, en representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«íntegramente desestimatoria de dicha demanda con expresa condena en costas a la actora».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Valencia dictó sentencia con fecha 18 de junio de 2012, con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que desestimo íntegramente la demanda presentada por la procuradora Dª Laura Oliver Ferrer, en nombre y representación de Proinar S.L., Instalaciones Eléctricas del Mediterráneo S.L., Instalaciones Manuel García S.L., Caudete Solar de las Fuentes Solar 1 S.L. y Caudete Solar de las Fuentes Solar 2 S.L., contra Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., sin hacer condena en costas».

SEGUNDO. Tramitación en segunda instancia



1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de las entidades Proinar S.L., Instalaciones Eléctricas del Mediterráneo S.L., Instalaciones Manuel García S.L., Caudete Solar de las Fuentes Solar 1 S.L. y Caudete de las Fuentes Solar 2 S.L.

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, mediante sentencia de 3 de abril de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Proinar S.L., Instalaciones Eléctricas del Mediterráneo S.L., Instalaciones Manuel García S.L., Caudete de las Fuentes Solar 1 S.L. y Caudete de las Fuentes Solar 2 S.L., contra la sentencia de fecha 18 de junio de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Valencia en autos de juicio ordinario nº 658/11 confirmamos dicha resolución, con expresa imposición de las costas causadas en la alzada a la parte apelante y con pérdida por ésta del depósito constituido para recurrir».

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. La procuradora Laura Oliver Ferrer, en representación de las entidades Proinar S.L., Instalaciones Eléctricas del Mediterráneo S.L., Instalaciones Manuel García S.L., Caudete Solar de las Fuentes Solar 1 S.L. y Caudete de las Fuentes Solar 2 S.L., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª.

El motivo del recurso de casación fue:

«1º) Infracción de los artículos 1088, 1091, 1254, siguientes y concordantes del Código Civil, y en especial 1258, 1265, 1266, 1269, 1300, 1301; del artículo 79, siguientes y concordantes de la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores; del RD 629/1993; de la Directiva 2004/39/CE de 21 de abril de 2004, y de los artículos 60, siguientes y concordantes del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión».

2. Por diligencia de ordenación de 22 de mayo de 2013, la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.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 las entidades Proinar S.L., Instalaciones Eléctricas del Mediterráneo S.L., Instalaciones Manuel García S.L., Caudete Solar de las Fuentes Solar 1 S.L. y Caudete de las Fuentes Solar 2 S.L., representadas por el procurador Guillermo García San Miguel Hoover; y como parte recurrida la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Alicia Oliva Collar.

4. Esta sala dictó auto de fecha 21 de septiembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Proinar, S.L., Instalaciones Eléctricas del Mediterráneo, S.L., Instalaciones Manuel García, S.L., Caudete de las Fuentes Solar 1. S.L. y Caudete de las Fuentes Solar 2, S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 3 de abril de 2013, por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.ª, en el rollo de apelación n.º 949/2012, dimanante del juicio ordinario 658/2011, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 22 de Valencia».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria 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 19 de enero de 2017, 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.

Los días 21 y 22 de febrero de 2008, BBVA, para financiar instalaciones solares fotovoltaicas, concertó cinco contratos de leasing, por importe de 1.114.079,04 euros cada uno, con las siguientes sociedades: Proinar, S.L., Instalaciones Eléctricas del Mediterráneo, S.L., Instalaciones Manuel García, S.L., Caudete Solar de las Fuentes Solar 1, S.L. y Caudete de las Fuentes Solar 2, S.L.

La negociación para la firma de estos contratos comenzó antes del verano de 2007.

En todos estos contratos de leasing se introdujo un derivado implícito para estabilizar el pago del interés variable, una vez transcurridos los seis primeros meses en que el interés era fijo.

Después de que entrara en funcionamiento el derivado, Jacinto, administrador de Proinar, S.L. se dirigió al banco para indicarle que no le estaban aplicando correctamente el tipo de interés pactado. En junio de 2010, el Sr. Jacinto se interesó por el coste de cancelación del derivado y el banco le informó al respecto.

2. Proinar, S.L., Instalaciones Eléctricas del Mediterráneo, S.L., Instalaciones Manuel García, S.L., Caudete Solar de las Fuentes Solar 1, S.L. y Caudete de las Fuentes Solar 2, S.L. formularon una demanda contra BBVA en la que pidieron la nulidad radical de los derivados implícitos incluidos en los cinco contratos de leasing. Para justificar la nulidad, la demanda hace referencia al incumplimiento de los derechos de información previstos en la normativa MiFID, al error vicio y al dolo en el consentimiento, a la ausencia de causa, pues el producto no sirve de cobertura alguna, y a la consideración de abusiva de la cláusula del derivado implícito.

3. El juzgado entendió que el derivado implícito introducido en los cinco contratos de leasing no era un producto de inversión ni de especulación, y por lo tanto no era necesario fijar el perfil de inversor ni eran exigibles los deberes de información previstos en la normativa MiFID. También declaró improcedente la aplicación de la normativa de consumidores. No apreció la existencia de dolo en la contratación ni tampoco de error vicio. Rechazó que el derivado careciera de causa. Y finalmente, desestimó la pretensión de nulidad de la cláusula referida al derivado implícito, porque era un pacto accesorio al contrato principal de leasing.

4. La sentencia de apelación fue recurrida por las cinco sociedades demandantes. La Audiencia desestima el recurso. En su argumentación resalta que en este caso «no puede alegarse ni la aplicación de la normativa MiFID, expresamente excluida en la resolución recurrida, ni el dolo en la actuación de la entidad bancaria en cuanto ocultó la tendencia a la baja de los tipos que no fue conocida en sus consecuencias económicas más graves (...) sino hasta después de la crisis de septiembre de 2008 (...)». Y reitera que nos encontramos ante condiciones económicas variables pactadas en cuanto al precio del leasing y su revisión periódica, elemento tan esencial que resulta inviable mantener que pasara desapercibido para la parte contratante o que obviara su conocimiento al tiempo de la contratación».

5. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por las cinco sociedades demandantes, sobre la base de un único motivo.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. *Formulación del motivo único*. El motivo se funda en la infracción de «los artículos 1088, 1091, 1254, siguientes y concordantes del Código Civil, y en especial 1258, 1265, 1266, 1269, 1300, 1301; del artículo 79, siguientes y concordantes de la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores; del RD 629/1993; de la Directiva 2004/39/CE (...) de 21 de abril de 2004, y de los artículos 60, siguientes y concordantes del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión».

En el desarrollo del motivo denuncia que a pesar de que consta que fueron incumplidos los deberes de información no se ha declarado la nulidad del derivado implícito, que debe considerarse un producto complejo.

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

2. *Desestimación del motivo*. En la sentencia 450/2016, de 1 de julio, consideramos el derivado implícito introducido en una póliza de préstamo un producto financiero complejo, respecto del que regían los deberes de información de la normativa MiFID:

«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».

Por lo que hemos de partir de la consideración de que el derivado implícito introducido en los cinco contratos de leasing objeto de litigio es un producto financiero complejo y debía haber sido objeto de la información exigida por el art. 79 bis LMV.

En el momento en que se firmaron los cinco contratos de leasing, ya había entrado en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el art. 79 bis LMV, que luego fue desarrollado por el RD 217/2008, de 15 de febrero.

El art. 79 bis LMV regulaba los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2). Además deben proporcionarles, «de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión», que «deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias» (apartado 3).

3. En la instancia no ha quedado acreditado que el administrador de las sociedades demandantes que contrataron los cinco contratos de leasing con derivado implícito, hubiera recibido del banco una información

suficiente, conforme al art. 79bis.3 LMV, sobre las características del producto y, sobre todo, sobre los concretos riesgos que se asumían en caso de una bajada drástica de los tipos de interés.

Pero el incumplimiento de estos deberes de información, como ya hemos advertido en otras ocasiones, no conlleva la nulidad radical de la cláusula ni del contrato. En la sentencia 380/2016, de 3 de junio, afirmamos que «la infracción de los deberes legales de información contenidos en el art. 79 bis LMV, incorporados con la Ley 47/2007, de 15 de noviembre, que traspuso la Directiva MiFID, no vicia por sí de nulidad absoluta el contrato o negocio». En esa sentencia transcribíamos el razonamiento que habíamos expuesto en la anterior sentencia 716/2014, de 15 de diciembre, para justificarlo:

«(L)a normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos lleva a analizar si, de conformidad con nuestro derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento del deber de recabar el test de conveniencia, al amparo del art. 6.3 CC.

»Conforme al art. 6.3 CC, "(l)os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". La norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79bis LMV no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero. Sin embargo sí que dispuso expresamente otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del art. 79 bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" (art. 99.2.zbis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercados de Valores (CNMV) para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y ss LMV).

»Con lo anterior no negamos que la infracción de estos deberes legales de información pueda tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014.

»Pero la mera infracción de estos deberes, en concreto, en este caso el deber de recabar el test de conveniencia, no conlleva por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato, como pretende el recurrente, por las razones antes apuntadas y porque, con la contravención de estos deberes legales no cabe advertir que se hayan traspasado los límites autonomía privada de la voluntad (art. 1255 CC)».

4. Aunque el incumplimiento de los deberes de información sí podría tener incidencia en la apreciación del error vicio, la nulidad por este vicio del consentimiento debía conllevar la ineficacia de la totalidad del contrato y no sólo de la cláusula que contiene un derivado implícito. Y en este sentido nos hemos pronunciado en otras ocasiones, por ejemplo en la sentencia 450/2016, de 1 de julio:

«(C)omo 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».

En cuanto se había pedido en la demanda únicamente la nulidad de la cláusula relativa al derivado implícito, y no del resto del contrato, el motivo debe desestimarse porque el incumplimiento de los deberes de información invocados en ningún caso podría justificar lo pedido en la demanda.

TERCERO. Costas

Desestimado el recurso de casación, imponemos a la parte recurrente las costas ocasionadas con cada uno de estos recursos (art. 398.1 LEC).

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Proinar, S.L., Instalaciones Eléctricas del Mediterráneo, S.L., Instalaciones Manuel García, S.L., Caudete Solar de las Fuentes Solar 1, S.L. y Caudete de las Fuentes Solar 2, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 9ª) de 3 de abril de 2013 (rollo núm. 949/2012) que conoció de la apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Valencia de 18 de junio de 2012 (juicio ordinario 658/2011). 2.º- Imponer las costas



del recurso 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ