



Roj: **STS 3919/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3919**

Id Cendoj: **28079110012019100635**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/12/2019**

Nº de Recurso: **3341/2017**

Nº de Resolución: **664/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 1914/2017,**  
**STS 3919/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 664/2019**

Fecha de sentencia: 16/12/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3341/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/11/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**

Procedencia: Audiencia Provincial de Alicante, Sección 9.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 3341/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 664/2019**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. **Ignacio Sancho Gargallo**

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 16 de diciembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto de la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Elche. El recurso fue interpuesto por la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Ana María Espinosa Troyano y bajo la dirección letrada de Francisco Javier Fernández Bermúdez. Son partes recurridas Alfredo, Ascension, Amadeo, Beatriz, Dulce, Belinda y Anselmo, representados 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. El procurador Ginés Pico Meléndez, en nombre y representación de Alfredo y Ascension, Amadeo y Beatriz, Dulce, Belinda y Anselmo, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Elche, contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., para que dictase sentencia por la que:

"Se declare la nulidad de la cláusula de fijación de tipo de interés, en relación al derivado implícito.

"En consecuencia con lo anterior se acuerde la recíproca restitución de las cantidades abonadas en aplicación de la cláusula declarada nula, mas los intereses legales desde la firma del contrato.

"Todo ello con expresa imposición de costas".

2. La procuradora Francisca Caballero Caballero, 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 la demanda con expresa condena en costas a la actora".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Elche dictó sentencia con fecha 4 de julio de 2016 cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que se estima la demanda formulada por el Procurador Sr. Picó Meléndez, en nombre y representación de D. Alfredo, Dña. Ascension, D. Amadeo, Dña. Beatriz, Dña. Dulce, Dña. Belinda y D. Anselmo, contra la entidad bancaria Banco Bilbao Vizcaya SA, debo declarar y declaro la nulidad de las cláusulas 3.3, 3.4, 3.5 y 3.6 del contrato de novación de préstamo hipotecario de 11 de julio de 2006; y, en consecuencia, debo condenar y condeno a la demandada a abonar a la actora la cantidad de cuarenta y nueve mil novecientos setenta y siete euros con veintitrés céntimos (49977,23 euros), más los intereses legales, con imposición de costas a la parte demandada".

4. Con fecha 23 de septiembre de 2016, se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Parte Dispositiva: Estimar la petición formulada por la Procuradora Sra. Caballero, en la representación que ostenta, de aclarar la Sentencia núm. 185/16 de 4 de julio, dictada en el presente procedimiento, en el sentido que se indica:

"Donde dice:

"Séptimo.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que hubiera visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie y así lo razone que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares. En el presente supuesto, dada la existencia de abundante jurisprudencia y por la complejidad de la materia, no se hace especial imposición de costas, por lo que cada parte abonará sus costas y las comunes por mitad".

"Debe decir:

"Séptimo.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que hubiera visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie y así lo razone que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares. En el presente supuesto, existencia (sic) abundante jurisprudencia que es clara en sus fundamentos, por lo que no se aprecia que el caso sea jurídicamente dudoso



y se han de imponer las costas a la parte demandada, que ha visto rechazada su oposición, a estimarse íntegramente la demanda".

#### **SEGUNDO.** *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. La representación de Alfredo, Ascension, Amadeo, Beatriz, Dulce, Belinda y Anselmo se opuso al recurso interpuesto de contrario.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, mediante sentencia de 2 de junio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D.ª Francisca Caballero Caballero, en nombre y representación de "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A." (BBVA), contra la sentencia de fecha 4 de julio de 2016, aclarada por auto de 23 de septiembre de 2016, dictada por el juzgado de Primera Instancia nº 1 de Elche, en los autos de Juicio Ordinario nº 2636/14, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con imposición a la apelante de las costas procesales de esta alzada y pérdida del depósito constituido por la parte recurrente"

#### **TERCERO.** *Tramitación e interposición del recurso de casación*

1. La procuradora Francisca Caballero Caballero, en representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., interpuso recurso de casación ante la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Alicante.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1.º) Infracción de los arts. 1265, 1266 y 1300 del Código Civil en relación con la declaración de nulidad de determinadas cláusulas de un contrato por haberse prestado con error el consentimiento.

"2.º) Infracción de los arts. 1265, 1266 y 1300 del Código Civil en relación con el error sobre el coste de cancelación anticipada de un derivado implícito cuando dicha cancelación anticipada no es una facultad para el prestatario y está ligada a la amortización anticipada del contrato de préstamos".

2. Por diligencia de ordenación de 24 de julio de 2017, la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Alicante 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 Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Ana María Espinosa Troyano; y como parte recurrida Alfredo, Ascension, Amadeo, Beatriz, Dulce, Belinda y Anselmo representados por la procuradora María Esperanza Higuera Ruiz.

4. Esta sala dictó auto de fecha 19 de junio de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) 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 2 de junio de 2017, por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 9.ª con sede en Elche, en el rollo de apelación n.º 116/2017, dimanante del juicio ordinario 2636/2014, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Elche".

5. Dado traslado, la representación procesal de Alfredo, Ascension, Amadeo, Beatriz, Dulce, Belinda y Anselmo 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 21 de noviembre de 2019, 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 11 de julio de 2006, la **comunidad de bienes** formada por Alfredo y Ascension, Amadeo y Beatriz, Dulce, Belinda y Anselmo, concertó con BBVA un préstamo hipotecario por un importe de 650.000 euros. Este contrato de préstamo fue novado mediante una escritura pública de 3 de septiembre de 2006, en la que se ampliaba el importe del préstamo a 810.000 euros y se introducía para el cálculo de los intereses un derivado implícito.

En septiembre de 2011, los miembros de la **comunidad de bienes** advirtieron las consecuencias que respecto del pago de los intereses generaba el derivado implícito y se dirigieron al banco para reclamar la supresión del derivado implícito. El banco les ofreció varias posibilidades, entre las que optaron el 24 de abril de 2012 por una reestructuración del préstamo que implicaba un nuevo préstamo de 56.000 euros para cancelar el anterior, sin derivado implícito, y un cargo por coste de cancelación del derivado de 49.977,23 euros.

2. En su demanda, la **comunidad de bienes** pidió que fuera declarada la nulidad por error vicio en el consentimiento de la cláusula del derivado financiero implícito incorporado en el préstamo hipotecario suscrito por las partes en fecha 3 de septiembre de 2006, entre otras razones porque se desconocía el coste de su cancelación. Consecuencia de la nulidad, se pedía la condena del BBVA a la restitución del coste de cancelación del derivado implícito.

3. La sentencia dictada en primera instancia estimó la demanda íntegramente. Apreció la existencia de error vicio en la contratación del derivado implícito, declaró su nulidad y condenó al BBVA a pagar el coste de su cancelación (49.977,23 euros).

4. Recurrida la sentencia de primera instancia en apelación por el banco demandado, la Audiencia desestima el recurso. En su recurso, el banco no mencionó como motivo de impugnación de la sentencia la improcedencia de declarar la nulidad parcial de un contrato por error vicio en el consentimiento.

5. Frente a la sentencia de apelación, BBVA ha interpuesto recurso de casación, sobre la base de dos motivos.

En su escrito de oposición al recurso, los demandantes objetan que concurría una causa de nulidad del motivo primero porque introduce una cuestión nueva. El motivo denuncia la "infracción de los artículos 1265, 1266 y 1330 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta, en relación con la declaración de nulidad de determinadas cláusulas de un contrato por haberse prestado con error el consentimiento". Esta cuestión no fue abordada ni en primera ni en segunda instancia, pues la sentencia de primera instancia estimó la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario de 3 de septiembre de 2006, al apreciar error vicio en la contratación del derivado implícito, y el recurso de apelación no impugnó la sentencia por la razón que ahora se aduce en el motivo de casación.

Tienen razón los demandantes ahora recurridos en casación, el motivo introduce una cuestión nueva que el banco recurrente en casación no planteó cuando previamente interpuso el recurso de apelación y, por consiguiente, no fue objeto de controversia en apelación. Procede por lo tanto, advertir la causa de inadmisión y desestimar el motivo primero.

#### **SEGUNDO. Motivo segundo de casación**

1. *Formulación del motivo segundo.* El motivo denuncia la infracción de los arts. 1265, 1266 y 1303 CC y la jurisprudencia que los interpreta, "en relación con el error sobre el coste de cancelación anticipada de un derivado implícito cuando dicha cancelación anticipada no es una facultad para el prestatario y está ligada a la amortización anticipada del contrato de préstamo".

En el desarrollo del motivo se razona que en el contrato litigioso no existía la facultad de cancelación anticipada, no había ninguna ventana de cancelación. Por lo que "el cliente no puede cancelarlo cuando desee, porque las partes han pactado un plazo determinado de duración en el préstamo en que se incluye el derivado implícito y no se ha concedido el derecho de desistimiento unilateral mediante abono de precio". De tal forma que la cancelación sólo podía tener lugar como consecuencia de un evento no ordinario en la dinámica contractual, como es la amortización anticipada del contrato de préstamo.

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

2. *Desestimación del motivo segundo.* En el análisis de este motivo partimos de la base de que la sentencia recurrida ratifica la existencia de error vicio respecto de la contratación del derivado implícito y que este error versaba sobre el coste de cancelación. Esta declaración se apoya a su vez en un hecho probado, que el banco no informó a sus clientes (los miembros de la **comunidad de bienes** demandantes) qué coste podría conllevar cancelar el derivado.

La posibilidad de fundar la nulidad por error vicio en la contratación de un producto financiero complejo como es el swap o, en general, un derivado, en el desconocimiento del coste de cancelación anticipada se haya recogida entre otras en la sentencia de la sala núm. 90/2018, de 19 de febrero:

"La jurisprudencia de esta Sala ha advertido que no cabe negar al conocimiento del eventual coste de cancelación carácter relevante a la hora de concertar este tipo de productos (swaps), y que formaba parte de los riesgos de la contratación del producto, sobre los que debía ser informada la clienta antes de confirmar su contratación.



"Por eso, en la medida en que no consta que la demandante hubiera sido informada sobre los eventuales costes que pudiera generar la cancelación anticipada, y, además, también ha quedado acreditado que la demandante desconocía que pudiera llegar a costarle tanto la cancelación anticipada, debía haberse apreciado el error".

Esta posibilidad no queda reducida sólo a los casos en que la póliza prevé una ventana de cancelación y se desconoce la onerosidad del coste de su ejercicio, sino también a los casos en que no existen tales ventanas de cancelación, y lo que se desconoce, porque no se ha informado al respecto, es que no podría ser cancelado si no mediante la amortización del préstamo y el pago de un coste muy oneroso. El error puede radicar en el desconocimiento de cómo se podría llegar a cancelar el derivado y el coste que supondría. Y esto es lo que ocurre en el presente caso. De la relación de hechos admitida por la Audiencia, los demandantes desconocían las consecuencias del derivado y lo oneroso que podría llegar a ser el coste de su cancelación, en este caso mediante la refinanciación. Circunscritos como estamos a la contratación del derivado por la forma en que ha llegado el asunto a casación, no cabe negar a este error relevancia suficiente para justificar la nulidad por error vicio. Razón por la cual desestimamos el motivo.

#### **TERCERO. Costas**

Desestimado el recurso de casación, imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso ( art. 398.1 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 Desestimar el recurso de casación interpuesto por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 9.ª) de 2 de junio de 2017 (rollo núm. 116/2017), que desestimó a su vez la apelación interpuesta contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Elche de 4 de julio de 2016 (juicio ordinario 2636/2014).

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.