



Roj: **STS 3789/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3789**

Id Cendoj: **28079110012020100581**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/11/2020**

Nº de Recurso: **2650/2018**

Nº de Resolución: **615/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 615/2020

Fecha de sentencia: 17/11/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2650/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/11/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 2650/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 615/2020

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 noviembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Lugo, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Lugo. Es parte recurrente la entidad Bipahura S.L., representada



por el procurador Antonio M.^a Álvarez-Buylla y Ballesteros y bajo la dirección letrada de Oscar Torres Cascudo. Es parte recurrida la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Lourdes García Méndez y bajo la dirección letrada de Jesús Giner Sánchez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Mario César Redondo Lago, en nombre y representación de la entidad Bipahura S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Lugo, contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., para que se dictase sentencia por la que:

"con expresa imposición de las costas causadas a la parte demandada, y demás que proceda en derecho:

"1º.- Se declare la nulidad del **derivado** financiero **implícito** incluido en la escritura de préstamo hipotecario de 28 de febrero de 2005 y la escritura de novación de dicho préstamo hipotecario y modificación de amortización del **derivado** financiero de 28 de junio de 2012.

"2º.- Se condene a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., a pasar por dicha declaración.

"3º.- Se condene a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. a practicar la oportuna liquidación desde el 28 de febrero de 2005, calculando, sin aplicación de las condiciones económicas del **derivado** financiero **implícito**, las cuotas del préstamo hipotecario al tipo de interés variable resultante de la aplicación de Euribor un mes conforme a lo estipulado en el préstamo hipotecario (por Euribor (Euro Interbank Offered Rate) se entiende 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 de un mes y referido al día cinco del mes anterior al comienzo de cada periodo de interés o al día siguiente hábil si aquél no lo fuese), y a reintegrar el saldo resultante de la diferencia entre lo pagado por aplicación del **derivado** financiero y lo que resulte de la aplicación de tipo de interés variable, junto con los intereses legales desde la fecha de cada liquidación a mi mandante.

"4º. Que condene al pago de las costas a la parte demandada".

2. La procuradora Lourdes García Méndez, en representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"desestimando la misma con imposición de costas a la parte actora".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Lugo, dictó sentencia con fecha 19 de junio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que estimando sustancialmente la petición principal de la demanda interpuesta por Bipahura SL, representada por el procurador Sr. César Redondo, contra "BBVA", representada por el procurador Sra. Lourdes García Méndez; declaro nulo el **derivado** financiero **implícito** contenido en el contrato de préstamo de fecha 28 de febrero de 2005 y en la novación del mismo operada en fecha 28 de junio de 2012, condenando a la entidad a estar y pasar por dicha declaración, conservando el contrato en todo lo demás; debo condenar y condeno a la entidad BBVA a practicar la oportuna liquidación desde el día 28-02-2005 con la obligación de restitución (en su caso, recíproca) de todas las cantidades recibidas como consecuencia del **derivado** financiero **implícito** que se declara nulo, con aplicación de los intereses moratorios legales del artículo 1108 del Código Civil desde la fecha concreta de los pagos/liquidaciones hasta la sentencia y los del artículo 576 de la LEC hasta su completo pago; con imposición de costas a la demandada".

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 1.^a de la Audiencia Provincial de Lugo mediante sentencia de fecha 13 de abril de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

"Fallamos: Se estima en parte el recurso y se revoca la sentencia en cuanto estima la acción de nulidad del **derivado** financiero y consecuencias inherentes acordándose en su lugar la desestimación de la citada acción con absolución de la entidad financiera.

"Se estima la acción subsidiaria y en consecuencia:



"1) Se declara que el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. ha realizado una defectuosa y negligente prestación del servicio de asesoramiento, por la contratación del **derivado** financiero **implícito** incluido en la escritura de préstamo hipotecario de 28 de febrero de 2005, y la escritura de novación de dicho préstamo hipotecario y modificación de amortización del **derivado** financiero de 28 de junio de 2012, por la entidad Bipahura S.L, por incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, de asesoramiento, información, diligencia y lealtad.

"2) Se declara la responsabilidad por incumplimiento de las responsabilidades legales y contractuales asumidas y en consecuencia se condena a la entidad financiera a la imposibilidad de penalizar al demandante con ninguna cantidad en el caso de amortización anticipada del préstamo.

"No se hace condena en costas".

TERCERO. Interposición y tramitación del recurso de casación

1. El procurador Mario César Redondo Lago, en representación de la entidad Bipahura S.L., interpuso recurso de casación ante la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Lugo.

El motivo del recurso de casación fue:

"1º) Al amparo del ordinal 2º del artículo 477.2 de la LEC, por infracción de los artículos 1101 y 1106 CC, en relación al alcance de la indemnización por responsabilidad contractual por defectuoso asesoramiento en la comercialización de productos financieros".

2. Por diligencia de ordenación de 22 de mayo de 2018, la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1.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 Bipahura S.L., representada por el procurador Antonio M.ª Álvarez-Buylla y Ballesteros; y como parte recurrida la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Lourdes García Méndez.

4. Esta sala dictó auto de fecha 1 de julio de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Bipahura, S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 13 de abril de 2018 por la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, en el rollo de apelación n.º 669/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 251/2016, seguido ante Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Lugo".

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. no 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 4 de noviembre de 2020, 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 día 28 de febrero de 2005, la entidad Bipahura, S.L. suscribió con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA) un contrato de préstamo hipotecario que, para el cálculo del interés, incluía un **derivado implícito**. El 9 de julio de 2009, las partes acordaron la modificación del contrato que afectó sólo a la concesión de un periodo adicional de carencia. Y el 28 de junio de 2012, ambas partes convinieron otra novación del préstamo hipotecario, que afectó al **derivado** financiero, y cuyos efectos se retrotrajeron a noviembre de 2011.

2. Bipahura, S.L. interpuso la demanda que dio inicio al presente procedimiento, en la que pedía, como pretensión principal, la nulidad, por error vicio, del **derivado implícito** incorporado al préstamo hipotecario y que, en su consecuencia, se condenara al banco prestamista a "practicar la oportuna liquidación desde el día 28 de febrero de 2005, calculando, sin aplicación de las condiciones económicas del **derivado** financiero **implícito**, las cuotas del préstamo hipotecario al tipo de interés variable resultante de la aplicación de Euribor un mes conforme a lo estipulado en el préstamo hipotecario, y a reintegrar el saldo resultante de la diferencia entre lo pagado por aplicación del **derivado** financiero y lo que resulte de la aplicación de tipo de interés variable, junto con los intereses legales desde la fecha de cada liquidación". Subsidiariamente se ejercitaba una acción de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por "una defectuosa y negligente prestación



del servicio de asesoramiento, por la contratación del **derivado implícito** (...)", y se solicitaba la condena del banco a indemnizar los daños y perjuicios, que determinaba con la siguiente operación aritmética: la diferencia entre a) lo satisfecho en virtud de dicho **derivado** financiero por cualquier concepto; y b) la cantidad resultante de calcular, sin aplicación de las condiciones económicas del **derivado** financiero **implícito**, las cuotas del préstamo hipotecario al tipo de interés variable resultante de la aplicación de Euribor a un mes.

3. La sentencia dictada en primera instancia estimó la acción principal, declaró la nulidad del **derivado implícito** y condenó a BBVA a practicar la oportuna liquidación desde el día 28 de febrero de 2005 con la obligación de restitución de todas las cantidades percibidas como consecuencia del **derivado** financiero **implícito** que se declaraba nulo.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida por el banco demandado. La Audiencia estimó en parte recurso. Primero, entendió improcedente la pretensión de nulidad del **derivado implícito**, en cuanto que el error vicio sólo podía provocar la nulidad del contrato de préstamo hipotecario, pero no sólo del **derivado implícito**.

A continuación, estimó la acción la acción de indemnización de daños y perjuicios, **derivados** del siguiente incumplimiento de los deberes de información:

"En el caso que nos ocupa no se ha acreditado ni que se informase del coste inicial negativo para el cliente, ni de los riesgos de cancelación anticipada que valora el perito en la fecha de su informe de unos 300.000 euros, lo que habla por sí solo del notable perjuicio para el cliente de que no fue informado".

Y a la hora de determinar el alcance de la indemnización razonó lo siguiente, que transcribimos en atención al motivo del recurso de casación:

"La consecuencia de la defectuosa información ha de ser, no ya la restitución de prestaciones, sino la indemnización de los perjuicios causados.

"El enfoque de los perjuicios aflorados, es, por tanto, completamente diferente al de la acción principal, pues si en ésta el triunfo de la misma consistía en la restitución de prestaciones, vía por la cual el demandante podría recuperar lo pagado de más, en la acción subsidiaria que ahora nos ocupa habría que indagar la existencia de un perjuicio.

"La parte demandante equipara el perjuicio a la diferencia entre el tipo de interés variable (Euribor) y el tipo fijo abonado (4,70%), pero no puede la Sala compartir tal criterio.

"En el año 2005 un interés fijo del 4,70% puede considerarse un interés ordinario en el mercado hipotecario, y el cliente sabía claramente que éste era el tipo pactado con el Banco, no solo en el momento inicial sino en la novación de 2012. No se aprecia por esta vía ningún perjuicio a reparar.

"Por el contrario, y con independencia de que no se haya solicitado la cancelación, la constatación bien acreditada pericialmente del desequilibrio inicial en perjuicio del cliente y a favor del Banco que se proyecta durante toda la vida del préstamo y del que no se informó a quien asumía la obligación supone un perjuicio indemnizable que por economía procesal no conviene deferir a otro procedimiento cuando en el presente se dispone de toda la información sobre el mismo y ha sido ampliamente debatido.

"Ello nos lleva a establecer como forma de reparación que, con independencia de la improcedencia de la nulidad del **derivado** por las razones técnico-jurídicas expuestas haya de repararse el perjuicio mediante la imposibilidad de cobro por la entidad financiera de cantidad alguna en concepto de cancelación del **derivado** financiero, de suerte que el cliente podría amortizar anticipadamente el mismo, sin ningún tipo de penalización".

5. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por el demandante, sobre la base de un motivo único.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. *Formulación del motivo.* El motivo denuncia la "infracción de los arts. 1101 y 1106 CC, en relación al alcance de la indemnización por responsabilidad contractual por defectuoso asesoramiento en la comercialización de productos financieros".

En el desarrollo del motivo, el recurrente argumenta que con el fallo de la sentencia de apelación no se satisface la totalidad del perjuicio sufrido por el demandante con la contratación del **derivado**. Sólo se satisfaría el perjuicio **derivado** del coste de cancelación anticipada, que es parte del daño, pero no el perjuicio consistente en lo satisfecho en exceso e indebidamente con la aplicación del **derivado implícito**. Por lo que la indemnización debería alcanzar a la restitución de las cantidades pagadas, bien en concepto de liquidaciones ordinarias bien en concepto de cancelación anticipada, en virtud del **derivado** financiero **implícito**; y aminorarse



con los intereses que el demandante debería haber abonado de no existir un negligente asesoramiento financiero.

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

2. *Estimación en parte del motivo.* Es jurisprudencia de esta sala, como recuerda la sentencia 677/2016, de 16 de noviembre, con cita de otras anteriores, que, en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e intereses de inversión del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del art. 1101 CC, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esa relación de asesoramiento financiero, que causa al inversor un perjuicio consistente, en la pérdida total o parcial de su inversión, siempre y cuando exista una relación de causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño indemnizable. Esta doctrina, reiterada en resoluciones posteriores (recientemente por las sentencias 62/2019, de 31 de enero, 303/2019, de 28 de mayo y 165/2020, de 11 de marzo), se aplica no sólo a los casos en que el producto adquirido conlleva una inversión (como las participaciones preferentes o los bonos estructurados), sino también cuando contrata un swap, en el que propiamente no hay una inversión.

En cualquier caso, el cálculo de la indemnización estará en función del alcance del perjuicio causado por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esa relación de asesoramiento financiero. Debe haber un nexo de causalidad entre el reseñado incumplimiento y el perjuicio que se pretende sea indemnizado. Y es aquí donde radica la disparidad entre lo resuelto por la Audiencia y lo que se razona en el motivo de casación.

El razonamiento de la Audiencia viene a ser que el incumplimiento de las obligaciones de información en el marco de la relación de asesoramiento afectaba sólo a las condiciones en que se contrataba el **derivado implícito** y, en concreto, al coste de cancelación, pero no a las consecuencias económicas que el **derivado implícito** tendría en la fijación del interés, razón por la cual limita el perjuicio al coste que hubiera conllevado la cancelación anticipada, si ya se hubiera ejercitado, o del que supondría cuando se quisiera cancelar.

Por su parte, el demandante entiende que el perjuicio alcanza a la propia contratación del **derivado implícito**, por lo que para su satisfacción no bastaría indemnizar los costes de una eventual cancelación anticipada, sino también restituir todo lo que hubiera pagado de más en concepto de intereses, en relación a lo que hubiera correspondido de no haber existido el **derivado implícito**.

Al analizar la cuestión hay que partir de la conducta identificada por la Audiencia como incumplidora de las obligaciones de información en el marco de la relación de asesoramiento financiero, para apreciar a continuación qué perjuicio ha podido ocasionar. Esta conducta, en los términos empleados por la Audiencia, no se limita al coste de cancelación, sino que incluye también el coste inicial negativo, que ha podido tener una repercusión en el funcionamiento del **derivado** para determinar en cada caso el interés aplicable.

De este modo, la conducta ha incidido no sólo en el coste de una eventual cancelación anticipada, sino también en la determinación del interés, y por eso su reparación debe alcanzar a lo que se hubiera cobrado de más si al tiempo de la contratación del préstamo con el **derivado implícito**, no hubiera habido coste inicial negativo, que deberá calcularse en ejecución de sentencia.

Esta solución no supone estimar íntegramente la pretensión indemnizatoria solicitada en la demanda, pues la reparación no es la diferencia entre lo cobrado por intereses en aplicación del **derivado financiero implícito** y lo que se hubiera tenido que cobrar en aplicación del índice de referencia (Euribor); sino estimar en parte, en cuanto que la indemnización además de cubrir los eventuales costes **derivados** de la cancelación anticipada, alcanza también a la diferencia entre el interés abonado en aplicación del **derivado implícito** tal y como se convino, y el que hubiera correspondido abonar si no hubiera habido el coste inicial negativo (no informado).

TERCERO. Costas

1. Estimado en parte el recurso de casación, no procede imponer las costas del recurso a ninguna de las partes (art. 398.2 LEC) y acordamos la 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. La estimación en parte del recurso de casación ha supuesto también una estimación en parte el recurso de apelación, sin que proceda hacer expresa condena de las costas de apelación (art. 398.2 LEC).

3. Estimadas en parte las pretensiones ejercitadas en la demanda, tampoco imponemos las costas de primera instancia a ninguna de las partes (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 en parte el recurso de casación formulado por Bipahura, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1.ª) de 13 de abril de 2018 (rollo núm. 669/2017), que modificamos en el siguiente sentido.

2.º Estimar en parte el recurso de apelación formulado por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Lugo (juicio ordinario 251/2016) de 19 de junio de 2017, que modificamos en el siguiente sentido.

3.º Estimar en parte la demanda formulada por Bipahura, S.L. contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. con los siguientes pronunciamientos:

i) Se declara que el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. ha realizado una defectuosa y negligente prestación del servicio de asesoramiento, por la contratación del **derivado** financiero **implícito** incluido en la escritura de préstamo hipotecario de 28 de febrero de 2005, y la escritura de novación de dicho préstamo hipotecario y modificación de amortización del **derivado** financiero de 28 de junio de 2012, por la entidad Bipahura, SL, por incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, de asesoramiento, información, diligencia y lealtad.

ii) Se declara la responsabilidad por incumplimiento de las responsabilidades legales y contractuales asumidas y en consecuencia se condene a la entidad financiera a la imposibilidad de cobrar a la demandante con ninguna cantidad en el caso de amortización anticipada del préstamo; así como a indemnizar a la demandante en la diferencia entre el interés abonado en aplicación del **derivado implícito** tal y como se convino, y el que hubiera correspondido abonar si no hubiera habido el coste inicial negativo, que deberá determinarse en ejecución de sentencia.

4.º No procede hacer expresa condena respecto de las costas generadas con los recursos de casación y apelación, ni tampoco las de primera instancia.

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.