

## DERIVADO

### *Alcance de la indemnización por asesoramiento defectuoso*

[STS, Sala de lo Civil, núm. 615/2020, de 17 de noviembre, recurso: 2650/2018. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo.](#)

**Derivado implícito - Asesoramiento defectuoso (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Carlos Zunzunegui).**

**Derivado implícito:** “[...] [L]a entidad Bipahura, S.L. suscribió con [...] (BBVA) un contrato de préstamo hipotecario que, para el cálculo del interés, incluía un derivado implícito. [...] Bipahura, S.L. interpuso la demanda [...] en la que pedía, como pretensión principal, la nulidad, por error vicio, del derivado implícito incorporado al préstamo hipotecario y [...] [s]ubsidiariamente 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 [...]. La sentencia dictada en primera instancia estimó la acción principal [...] fue recurrida por el banco demandado. La Audiencia [...] entendió improcedente la pretensión de nulidad del derivado implícito, en cuanto que el error vicio solo podría provocar la nulidad del [...] préstamo hipotecario, pero no sólo del derivado implícito. [...] estimó la acción de indemnización de daños y perjuicios [...]. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por el demandante, sobre la base de un motivo único. [...] [E] 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 [...] la indemnización debería alcanzar a la restitución de las cantidades pagadas [...] en virtud del derivado financiero implícito; y aminorarse con los intereses que el demandante debería haber abonado de no existir un negligente asesoramiento financiero. . [...]”.

**Alcance de la indemnización:** “[...] Procede estimar en parte el motivo por las razones que exponemos a continuación. [...] Es jurisprudencia de esta sala [...] que, en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e intereses [...] 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 [...] se aplica [...] cuando contrata un swap, en el que propiamente no hay inversión. [...] [E] 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. [...] 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). [...]”  
**Énfasis añadido**

[Texto completo de la sentencia](#)

\*\*\*