



Roj: **STS 3831/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3831**

Id Cendoj: **28079110012023101268**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/09/2023**

Nº de Recurso: **6694/2019**

Nº de Resolución: **1323/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1.323/2023

Fecha de sentencia: 27/09/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 6694/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/09/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 002

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 6694/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 002

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1323/2023

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 27 de septiembre de 2023.

Esta Sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Valencia como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Valencia. Es parte recurrente la entidad Fandos Brother S.A., representada por la procuradora Ana Barallat López y bajo



la dirección letrada de Mario Lahoz Marco. Es parte recurrida la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Ana Llorens Pardo y bajo la dirección letrada de Guillermo Roger Hansen.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Remedios López Quintana, en nombre y representación de la entidad Fandos Brother S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Valencia, contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA), para que se dictase sentencia por la que:

"1.- Con carácter principal, se declare la nulidad, por la existencia de error en el consentimiento prestado por mi principal, del contrato de préstamo de 29 de junio de 2007 aportado como Documento núm. 10 de la demanda y, por ende, de sus dos novaciones, de fechas 28 de noviembre de 2013 y 28 de octubre de 2014, aportadas como documentos núm. 24 y 33 de la demanda, así como la hipoteca de máximo constituida por mi mandante al tiempo de otorgarse la primera novación, aportada como Documento núm. 25 de la demanda, debiendo las partes restituirse las recíprocas prestaciones según dispone el artículo 1303 del Código Civil.

"2.- Subsidiariamente, se declare la nulidad de las cláusulas 2.3 (en lo atinente a la mención del derivado), 3.5 (derivado financiero) y 3.6 (Liquidación del Derivado) del préstamo de 29 de junio de 2007, de las cláusulas 1.5 (en lo atinente al Derivado), 2.5 (carácter de condición esencial del Derivado) y 2.6 (Liquidación del Derivado por amortización o vencimiento anticipado) de la primera novación del préstamo de fecha 28 de noviembre de 2013, y de las cláusulas 1.4 (en lo tocante al derivado), 2.4 (Derivado Financiero), 2.5 (Carácter de condición esencial del Derivado) y 2.6 (Liquidación del Derivado por amortización o vencimiento anticipado) de la novación suscrita en fecha 28 de octubre de 2014, subsistiendo el resto de estipulaciones.

"3.- Y, en ambos casos, con expresa imposición de costas a la parte demandada ex artículo 394 LEC".

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

"por la que se desestime todas las pretensiones contenidas en ella y con expresa imposición de costas a la parte demandada".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 Valencia dictó sentencia con fecha 31 de octubre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Estimo la demanda interpuesta por la representación procesal de Fandos Brother, S.A. contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. y declaro la nulidad del contrato de préstamo hipotecario con derivado financiero suscrito por las partes en fecha 29 de junio de 2007, y de sus dos novaciones de fecha 28 de noviembre de 2013 y de 28 de octubre de 2014, nulidad que alcanzará también a la de nulidad de la hipoteca de máximo constituida el 28 de noviembre de 2013, con obligación de las partes de restituirse recíprocamente las obligaciones junto con los frutos, productos o rendimientos que hayan generado

"Con imposición de costas a la demandada".

4. Instada la aclaración de la anterior resolución, el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 Valencia dictó auto con la siguiente parte dispositiva:

"Ha lugar a la aclaración de la Sentencia dictada en el presente procedimiento el 31 de octubre de 2018, cuya parte dispositiva queda redactada de la siguiente manera: Estimo la demanda interpuesta por la representación procesal de Fandos Brother SA contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA y declaro la nulidad del contrato de préstamo hipotecario con derivado financiero suscrito por las partes en fecha 29 de junio de 2007, y de sus dos novaciones de fecha 28 de noviembre de 2013 y de 28 de octubre de 2014, nulidad que alcanzará también a la de nulidad de la hipoteca de máximo constituida el 28 de noviembre de 2013 en cuanto a la garantía del préstamo con derivado implícito que mantiene su plena vigencia respecto del resto de obligaciones garantizadas en virtud de la misma, caso de no haber quedado extinguidas las mismas, con obligación de las partes de restituirse recíprocamente las obligaciones junto con los frutos, productos o rendimientos que hayan generado. Manteniendo el resto de pronunciamientos de la parte dispositiva de la sentencia. Contra la presente resolución no cabe recurso alguno".

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 7.^a de la Audiencia Provincial de Valencia mediante sentencia de 11 de noviembre de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Estimamos el recurso de Apelación formulado por la representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Valencia en fecha 31 de octubre de 2018 en Autos de Juicio Ordinario número 984/2017 la que revocamos y en su lugar desestimamos la demanda interpuesta por Fandos Brother S.A. contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. absolviendo a la parte demandada de las pretensiones deducidas en su contra, todo ello con expresa imposición a la parte actora de las costas ocasionadas en la Primera Instancia y sin hacer expresa imposición de las devengadas en esta alzada.

"Dese al depósito constituido el destino legalmente previsto".

TERCERO. *Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación*

1. La procuradora Remedios López Quintana, en representación de la entidad Fandos Brother S.A., interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación ante la Sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Valencia.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución. Infracción del derecho a tutela judicial efectiva en su manifestación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley

"2º) Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución. Infracción del derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación del derecho a la seguridad jurídica".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción del artículo 2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo que lo desarrolla.

"2º) Infracción del artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (o LMV), y del artículo 5 del anexo del RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, así como de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo que los desarrolla.

"3º) Infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre el error vicio y los requisitos que deben concurrir en su apreciación".

2. Por diligencia de ordenación de 13 de noviembre de 2019, la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7.^a) tuvo por interpuestos los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación mencionados, 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 Fandos Brother S.A., representada por la procuradora Ana Barallat López; y como parte recurrida la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., representada por la procuradora Ana Llorens Pardo.

4. Esta sala dictó auto de fecha 15 de marzo de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Fandos Brother S.A. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 11 de noviembre de 2019, por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.^a, en el rollo de apelación n.º 174/2019, dimanante del juicio ordinario n.º 984/2017, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Valencia".

5. Dado traslado, la representación procesal de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 de septiembre de 2023, 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 29 de junio de 2007, la entidad Fandos Brother, S.L. suscribió con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA) un contrato de préstamo hipotecario por un importe de 2.700.000 euros, destinado a la adquisición del inmueble que se hipotecaba (un edificio sito en la calle Moratín núm. 13, de Valencia, que se pretendía reformar para su posterior explotación inmobiliaria). El préstamo debía amortizarse en 15 años. El interés convenido era el 4,96% nominal anual, aunque si el índice de referencia (Euribor 12 meses) llegaba a superar el 5,50%, el tipo de interés sería el resultante de un derivado implícito que a tal efecto se pactaba.

Las cláusulas de este contrato controvertidas son las siguientes:

"2.3. Reembolso anticipado.

"No obstante el cuadro de amortización que se señala en la cláusula anterior, el préstamo concertado podrá ser objeto de amortización anticipada, si así conviniera al prestatario, previa comunicación al Banco con un preaviso de dos días hábiles a la fecha en que haya de hacerse efectiva. Dicha amortización podrá ser total o parcial. Las cantidades anticipadas serán aplicadas, en primer lugar y por el siguiente orden, a la satisfacción de intereses, de la indemnización por cancelación del Derivado Financiero, tributos, comisiones y gastos devengados y, en segundo lugar, a la amortización del principal, según el orden natural de las fechas de amortización previstas...

"3º. Intereses ordinarios. Liquidación del Derivado Financiero.

"Los intereses ordinarios se devengarán a razón del 4'96% nominal anual. No obstante lo anterior, si el valor del índice de referencia "Euribor a DOCE meses", que se define a continuación, es superior al 5'50%, el tipo de interés aplicable al préstamo será el tipo nominal, expresado en tasa porcentual anual, que se define a continuación y en la cláusula 3ª bis, entrando entonces a aplicarse los períodos de interés que se definen.

"3.5. Derivado Financiero.

"El acuerdo entre las partes relativo al tipo de interés definido en el apartado anterior y la estructura de amortización prevista en este contrato, frente a la opción de aplicar, durante dicho periodo de tiempo, un tipo de interés variable de mercado (en adelante Euribor) se denominará el "DERIVADO FINANCIERO". A estos efectos, 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 depósito en euros a plazo de 12 meses 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, calculado a partir del ofertado por una muestra de Bancos para operaciones entre entidades de similar calificación. A efectos de lo establecido anteriormente, se entiende por día hábil en el mercado interbancario en euros aquél en que funcione el sistema TARGET. Cuando en el mercado interbancario no hubiere disponibilidad de fondos al plazo establecido anteriormente, el tipo de referencia aplicable sería el EURIBOR al plazo superior más cercano existente en la fecha de cálculo citada.

"3.5 El carácter de condición esencial del Derivado Financiero.

"El tipo de interés ordinario establecido en el anterior apartado 3.4 y en la cláusula 3.bis, y la estructura de amortización pactada en la cláusula anterior han sido acordadas con el prestatario en respuesta a una solicitud concreta del mismo. En atención a ello tienen el carácter de condición esencial de este contrato. Cualquier alteración de plazos o importes derivada de una cancelación anticipada, o por el reembolso anticipado, total o parcial, previsto en la cláusula 2.3 del presente préstamo conllevará la cancelación, total o parcial, del Derivado Financiero en el importe equivalente a la cantidad amortizada anticipadamente, dando lugar a una pérdida o a una ganancia, que se cargará o abonará, respectivamente, en la cuenta del prestatario en la forma prevista en el apartado 3.6 siguiente, lo que el prestatario reconoce y acepta expresamente de conformidad con la declaración establecida al final de la presente escritura.

"3.6. Liquidación del derivado financiero por la amortización o el vencimiento anticipado de este contrato.

"3.6.1. En los supuestos contemplados en el apartado anterior (vencimiento anticipado y reembolso anticipado total o parcial) que implican y conllevan la cancelación, total o parcial, del Derivado Financiero, el Banco determinará su valor de mercado de acuerdo con lo señalado en los apartados siguientes, pudiendo resultar de dicho cálculo una pérdida o beneficio en la operación de cobertura".

El 29 de junio de 2011, BBVA concedió un nuevo crédito a Fandos Brother, S.L. por un importe de 92.902,5 euros, que fue destinado a pagar los intereses liquidados en el contrato principal, tras la revisión de las liquidaciones iniciales. La liquidación no se había realizado aplicando el interés convenido del 4,96% nominal anual y el banco actualizó la liquidación aplicando este interés pactado.



En diciembre 2008, una sociedad del grupo, Parque Solar Caudete, S.L., para financiar 17 huertos solares obtuvo un préstamo de BBVA por un importe de 9.200.000, que fue avalado por Fandos Brother, S.L.

En septiembre de 2013, tras un intento de que las dos deudas (las de Fandos Brother, S.L. y Parque Solar Caudete, S.L.) fueran refinanciadas por el banco, Fandos Brother, S.L. realizó la comunicación del art. 5 bis LC de que estaba en negociaciones con sus acreedores

El 28 de noviembre de 2013 Fandos Brother, S.L. y BBVA pactaron una novación del contrato de préstamo de 2007, en el que además de ampliar el plazo de devolución a 20 años y establecer un periodo de carencia de 24 meses, se bonificó el tipo de interés en dos puntos durante esos dos primeros años, y se mantuvo el derivado implícito, y se constituyó una hipoteca de máximo en garantía de las obligaciones presentes y futuras. El préstamo volvió a ser objeto de novación el 28 de noviembre de 2014, en la que se mantuvo el derivado implícito y la cláusula de liquidación.

El préstamo de 2008, concedido a Parque Solar Caudete, S.L., fue cancelado por la transmisión de los huertos solares a un tercero, Vela Energy, el 30 de junio de 2015.

2. Fandos Brother, S.L. interpuso la demanda que dio inicio al presente procedimiento en la que solicitó la nulidad por error vicio en el consentimiento del préstamo concertado con BBVA el 29 de junio de 2007, porque no fue suficientemente informada sobre el derivado implícito que contenía y el coste de liquidación en caso de cancelación anticipada del préstamo. También pedía la nulidad de las dos novaciones posteriores, de 28 de noviembre de 2013 y 28 de octubre de 2014, así como la hipoteca de máximo. Como consecuencia de la nulidad, se pedía la restitución recíproca de las prestaciones.

De forma subsidiaria, la demanda pedía la nulidad de las cláusulas 2.3, 3.5 y 3.6, del contrato 29 de junio de 2007, relativas al derivado implícito y su liquidación, y las correspondientes de las dos novaciones.

3. La sentencia de primera instancia estimó la pretensión principal de la demanda, al apreciar que ni al tiempo de la contratación, ni con posterioridad, el banco suministró al prestatario la pertinente información documental sobre los riesgos y costes de liquidación del producto financiero (derivado implícito) si el préstamo se cancelaba anticipadamente. Califica este error de excusable, al no constar que el Sr. Victoriano tuviera conocimientos especializados en este tipo de productos financieros.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por BBVA y la Audiencia estima el recurso. La sentencia de apelación, en primer lugar, entiende que el derivado implícito era una operación accesorio a un préstamo, que carece de finalidad inversora, y que por eso no constituye un producto financiero distinto del propio préstamo, sin que se halle sometido a la regulación de la Ley del Mercado de Valores para los productos financieros complejos. Lo cual, según la Audiencia, no excluye la aplicación de la normativa de transparencia bancaria. Luego analiza la prueba practicada y concluye:

"la improsperabilidad de la acción ejercitada, por cuanto, no solo la entidad bancaria ha acreditado debidamente que conforme a la normativa bancaria vigente al momento de la contratación, el actor fue debida y cumplidamente informado y asesorado y conocía la naturaleza, sustancia y funcionamiento del derivado financiero incluido en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, sino que puede afirmarse en verdad, que esta prueba ha sido completamente refrendada por la practicada por la propia parte demandante, pues no debe olvidarse, que el Sr. Virgilio, unido por importantes y estrechos lazos no solo de amistad, sino incluso negociales con el demandante durante un largo periodo de tiempo que se prolongan hasta el día de la vista, según tuvo ocasión de afirmar, y asesor en sus decisiones financieras y hombre de confianza del Sr. Victoriano, ha sido su principal testigo en este procedimiento, y no cabe ignorar el resultado de su declaración, por el hecho de desvirtuar o perjudique las tesis de quien la ha propuesto, pues el proponente de un medio probatorio ha de pechar con el resultado que el mismo ofrezca, sea o no, acorde a sus intereses, y como se ha visto, el Sr. Virgilio vino a desdecir en un todo el relato factitivo contenido en el escrito de demanda, por lo que la Sala, analizadas las circunstancias concurrentes, valora positivamente el resultado de su declaración (artículo 376 de la L.E.C.) tomando en consideración, sus fundadas afirmaciones, su directo conocimiento de cuantos hechos acaecieron a lo largo de todo el proceso negociador y de otorgamiento de la escritura, su estrecha relación con el Sr. Victoriano, y en suma, su falta de interés en el resultado del procedimiento lo que confiere mayor credibilidad si cabe a su testimonio.

"Comenzó el testigo como ha quedado dicho, -quien afirmó que las negociaciones para la concesión del préstamo fueron muy duras- desvirtuando la afirmación inicial de la demandante de la que parte toda la construcción de su relato, pues señaló que no se pretendía remozar y vender el edificio de la calle Moratín como sostuvo el Sr. Victoriano, sino que la demandante pretendía quedárselo, construir viviendas, (incluso ganar un altillo más) y alquilarlas y con el importe de tales rentas pagar el préstamo, este dato es importante, puesto que justifica la finalidad de la inclusión del derivado financiero, como seguidamente se verá. Explicó el



Sr. Virgilio que el riesgo que pretendían eliminar era el de una subida enorme de tipos de interés, (12,01) y para ello analizaron y vieron tres opciones en aquel momento: el euribor más un diferencial muy pequeño, pero esta opción les daba miedo porque en aquel entonces los intereses tenían tendencia alcista, y apostar por el euribor tenía un riesgo muy claro. En segundo lugar, escogiendo un tipo fijo de interés, lo más cerca que les subastaban era el seis y medio a quince años, y este es un tipo muy elevado, y consiguieron a base de negociar, el derivado objeto de esta litis (12,53). Argumentó, asimismo el Sr. Virgilio, que por la vía del derivado lo que se perseguía de un lado eran los dos años de carencia, que permitían a la actora rehacer la finca, y "limpiarla" porque tenía un inquilino en un bajo pendiente de vencer el alquiler. Se conseguía además el 4,96 % de interés, y lo peor que le podía pasar con ese derivado al prestatario era que si subían mucho los tipos de interés, pagase el euribor más un 0,10%, si bajaban el pagaría el 4,96%, y hasta que no subieran más del cinco y medio seguiría pagando el 4,96%. Respondió a las preguntas que se le formularon en el sentido de que hicieron valoraciones (14,54) y recuerda que en aquella época hablando con el departamento de "mercados" era muy difícil estimar el coste del derivado, dado el importe del préstamo de más de dos millones y el hecho de que había que contar con el plazo de carencia, pero aun así, concluyeron que el valor de mercado del derivado venía a equivaler (15,12) aproximadamente, por cada punto porcentual a unos 90.000 euros por cancelación anticipada (15,21). Pero no era este un perjuicio directo para la actora, pues si el prestatario no cancelaba, como era su intención, no se le repercutiría ese coste. Añadió por último, que el propio declarante hubiera optado por lo mismo. Le dio esa información al demandante teniendo a la vista los pros y los contras, no solo una, sino en varias ocasiones, puesto que se estuvo negociando mucho tiempo. La operación no estaba delegada, la llevaba personalmente el Sr. Virgilio y se tuvo que tratar con mucha gente (18,05). Se vieron los pros y los contras. Afirmo que nunca explicé al actor lo que es un derivado financiero implícito como si se tratase de un seguro que protege frente a la subida de los tipos. Se realizaron proyecciones las hizo al actor verbalmente y también por escrito. Se hicieron simulaciones claras y en papel, y añadió, que aunque ahora no sabría calcular el coste de cancelación, en su momento sí, pues aunque no conocía el subyacente ni el mercado en que cotiza, con los medios que tenía en su oficina sí podía calcularlo. Concluyo en el sentido de que fue D. Victoriano quien decidió contratar el producto pues no delegaba sus decisiones financieras en el declarante. El empresario entendió el producto, y sabía lo que iba a firmar antes de ir a la notaría y conocía los riesgos del derivado implícito perfectamente (30,18). Añadió asimismo el Sr. Virgilio, que no obstante, posteriormente en 2008 el Sr. Victoriano le dijo que necesitaba vender el edificio porque el negocio de los Huertos Solares que había iniciado, no obtuvo el resultado esperado, se produjo una falta de liquidez tremenda y necesitaba vender algo, por eso decidió vender el edificio, pero no se pagaba lo que pedía en ese la mercantil, y como se había producido una inflexión de los tipos de interés, tras la caída del mercado inmobiliario, este producto ya no era atractivo, entonces, el hecho de subrogarse en este derivado era muy complejo con lo cual a la venta había que añadir el coste de la cancelación del derivado, no obstante, en 2008 el Sr. Victoriano también sabía que le costaba entre 180.000 y 200.000 euros la cancelación.

"El propio Sr. Victoriano durante el curso de su intervención se pronunció en el sentido de que no era cierto que no vendiera el edificio de la calle Moratín por el coste del derivado implícito, porque 100.000 euros no era una cantidad tan importante que "que le hiciera volverse atrás". Afirmo asimismo de forma reiterada, que cuando comenzaron los problemas financieros, a raíz del negocio de placas solares que en principio aparecía como boyante, pero que no llegó a ser rentable al rebajarse las primas, tampoco pensó en cancelar el derivado, y que lo único que quería era unificar todos sus préstamos para poder pagar, porque como carecía de liquidez, únicamente quería prolongar la vida de los préstamos, para no tener que invertir sus ahorros, lo que pretendía era vender el huerto solar y de esta forma, además de que los compradores se subrogasen en el préstamo concedido para iniciar este negocio, (de 9 millones de euros aproximadamente), con el dinero sobrante, liquidar el préstamo concedido para la compra del inmueble de la calle Moratín, de forma tal, que quedarían liquidadas las dos deudas. Estas afirmaciones resultan plenamente concordantes con la declaración del Sr. Virgilio y del Sr. Alfonso y además evidencian que realmente ningún perjuicio directo producía el derivado en la economía del grupo, habida cuenta de un lado de que no se produjo una subida de los tipos de interés, y otra, de que si el prestatario no cancelaba, como era su intención, no se le repercutiría ese coste.

"Del conjunto de lo actuado se deduce en fin, que la demandante conocía perfectamente el producto que contrataba, pero que sin embargo, fueron las circunstancias sobrevenidas, no previsibles en el año 2007, tanto en relación a la crisis económica, como en lo referente al fracaso de la inversión realizada en los huertos solares, las que precipitaron los acontecimientos y colocaron a la demandante en una situación económica compleja y delicada que determinó un cambio de estrategia respecto de lo inicialmente planeado, pero lo cierto, es que incluso el propio demandante admitió durante el curso de su intervención, que dado su carácter de cliente preferente de la entidad bancaria, tras duras negociaciones, fue la entidad demandada quien le permitió superar sus problemas económicos a través de las novaciones y nuevas condiciones pactadas en las mismas, previas las complejas y exigentes negociaciones correspondientes, por cuanto, según quedó puesto asimismo



de manifiesto durante el curso del procedimiento, el Sr. Victoriano aun en esta situación se mostró como un duro negociador".

5. Frente a la sentencia de apelación, la demandante formula recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de dos motivos, y recurso de casación, articulado en tres motivos.

SEGUNDO. Motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal

1. *Formulación del motivo.* El motivo primero se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC y denuncia "la vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, como consecuencia de la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 de la Constitución), en tanto generadora de indefensión para esta parte, y ello en la medida en que la sentencia recurrida se aparta sin fundamento alguno del criterio sostenido en su sentencia nº 36 de fecha 5 de febrero de 2018, que declaró que el producto derivado financiero implícito comercializado por BBVA era un producto financiero complejo sometido a la normativa pre-MiFID, mientras que en la sentencia recurrida se declara que el derivado financiero implícito es un producto bancario no complejo y, por tanto, no sujeto a esa normativa específica de la Ley de Mercado de Valores".

2. *Resolución de la Sala.* Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

Como recordamos en la sentencia (662/2012, de 12 de noviembre), ante una denuncia como esta, hay que partir de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia, que podemos encontrar compendiada en la STC 161/2008, de 12 de diciembre:

"(..) en una línea jurisprudencial iniciada en la STC 8/1981, de 30 de marzo, FJ 6, este Tribunal ha venido señalando que la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley (art. 14 CE) se produce cuando un mismo órgano judicial se aparta de forma inmotivada de la interpretación de la ley seguida en casos esencialmente iguales". De modo que son requisitos de la apreciación de dicha vulneración:

"i) la existencia de igualdad de hechos (por todas, SSTC 210/2002, de 11 de noviembre, FJ 3; 91/2004, de 19 de mayo, FJ 7; 132/2005, de 23 de mayo, FJ 3);

"ii) de alteridad personal en los supuestos contrastados (SSTC 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 64/2000, de 13 de marzo, FJ 5; 162/2001, de 5 de julio, FJ 4; 229/2001, de 11 de noviembre, FJ 2; 46/2003, de 3 de marzo, FJ 3);

"iii) de identidad del órgano judicial, entendiéndose por tal la misma Sección o Sala aunque tenga una composición diferente (SSTC 161/1989, de 16 de octubre, FJ 2; 102/2000, de 10 de abril, FJ 2; 66/2003, de 7 de abril, FJ 5);

"iv) de una línea doctrinal previa y consolidada, o un precedente inmediato exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició, que es carga del recurrente acreditar (por todas, SSTC 132/1997, de 15 de julio, FJ 7; 152/2002, de 15 de julio, FJ 2; 117/2004, de 12 de julio, FFJJ 3 y 4; 76/2005, de 4 de abril, FJ 2; 31/2008, de 25 de febrero, FJ 3);

"v) y, finalmente, el apartamiento inmotivado de dicha línea de interpretación previa o del inmediato precedente, pues lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la ley "es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*" (STC 117/2004, de 12 de julio, FJ 3; en sentido similar, entre otras, SSTC 25/1999, de 8 de marzo, FJ 5; 122/2001, de 4 de junio, FJ 2; 150/2004, de 20 de septiembre, FJ 4; 76/2005, de 4 de abril, FJ 2; 58/2006, de 27 de febrero, FJ 3; 67/2008, de 23 de junio, FJ 4)".

3. Sin perjuicio de que no coincida la valoración jurídica del derivado implícito, en relación con los deberes de información que impone la normativa del Mercado de Valores, para que pueda apreciarse una infracción del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley, el primer presupuesto es que haya una identidad de hechos, lo que no ocurre en este caso, pues las circunstancias que rodearon la contratación son distintas y, como veremos, a la postre serán las determinantes del sentido de la respuesta judicial. Y, en cualquier caso, las discrepancia respecto de esa valoración jurídica debe hacerse valer, como también se ha hecho, por medio del recurso de casación, en cuya sede será analizada.

TERCERO. Motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal

1. *Formulación del motivo.* El motivo segundo también se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC y denuncia "la vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, como consecuencia de la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación del derecho a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), en tanto generadora de indefensión para esta parte, y ello



debido a que la sentencia recurrida califica el derivado financiero implícito comercializado por el BBVA como un producto bancario no complejo y, por tanto, no sometido a los estándares de información de la normativa pre-MiFID apartándose de la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo que tiene declarado (...) que el derivado financiero implícito es un producto complejo al que si que le resulta aplicable la normativa pre-MiFID, imponiéndose a las empresas que prestan servicios financieros unos deberes especiales de información"

2. Resolución de la sala. Procede desestimar el motivo porque cuestiona la procedencia de una valoración jurídica, la calificación del derivado implícito contenido en el contrato de préstamo objeto de nulidad y en sus posteriores novaciones, en relación con la aplicabilidad de las exigencias de información precontractual contenidas en la normativa del Mercado de Valores para los productos financieros complejos. La cuestión planteada en este motivo no tiene cabida en el recurso extraordinario por infracción procesal y sí en el recurso de casación, por más que se invoque de forma genérica que la infracción denunciada atenta a la seguridad jurídica.

CUARTO. Motivos primero, segundo y tercero del recurso de casación

1. Formulación de los motivos. El motivo primero denuncia la infracción del art. 2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante, LMV) y la uniforme doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que ha declarado que el derivado financiero implícito en un producto complejo sometido, en función de la fecha de suscripción, a la normativa pre-MiFID o MiFID.

El motivo segundo denuncia la infracción del art. 79 LMV y del art. 5 del anexo del RD 629/1993, de 3 de mayo, así como la jurisprudencia contenida en las sentencias 66/2017, de 2 de febrero, y 651/2015, de 20 de noviembre, que consideran dichos preceptos de aplicación al objeto de analizar si el asesor en materia de inversión cumplió su deber de información sobre los riesgos del producto, y en la sentencia 668/2015, de 4 de diciembre, en relación con el valor probatorio que debe darse a la declaración testifical de los empleados del banco contratante.

Y el motivo tercero denuncia la infracción de los arts. 1265 y 1266 CC, así como la jurisprudencia sobre el error vicio y sus requisitos -excusabilidad y esencialidad- que deben concurrir en su apreciación, contenida entre otras en la sentencias 98/2018, de 19 de febrero, 450/2016, de 1 de julio, y 651/2015, de 20 de noviembre.

2. Resolución de la Sala. Procede analizar conjuntamente los tres motivos, en atención su vinculación, y desestimarlos por las razones que exponemos a continuación.

Es cierto que tanto el contrato de préstamo hipotecario, como sus novaciones y la constitución de una hipoteca de máximo carecen de la condición de productos financieros complejos, a los que resultaban de aplicación las exigencias de información precontractual contenidas en la normativa pre-MiFID. Pero el contrato contenía un derivado implícito previsto para el cálculo de intereses, en caso de que el Euribor a 12 meses superará el 5.5%, en cuyo caso además dejaría de aplicarse el interés fijo convenido del 4,96% nominal anual. Y este derivado implícito, según la jurisprudencia de esta sala, sí tendría esa consideración de producto financiero implícito, respecto del cual debían operar las exigencias de información de la normativa pre-MiFID.

Así lo hemos venido considerando en casos anteriores, por ejemplo en la sentencia 343/2020, de 23 de junio:

"En el marco de estas exigencias contenidas en la normativa pre MiFID, la entidad financiera demandada (BBVA) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible a los clientes (...) que permitiera conocer no sólo cómo funcionaba el producto, en este caso el derivado implícito, sino también los riesgos concretos que generaba, entre los que se encontraba el coste que podría llegar a suponer su cancelación.

"Para cumplir con esta exigencia no basta con que el derivado se hubiera concertado al amparo de un préstamo hipotecario y estuviera, por ello, documentado en escritura pública. Es necesario acreditar que, en atención a los conocimientos y experiencia de los prestatarios, al tiempo de realizarse esta contratación, se les explicó cómo funcionaría el derivado y los riesgos que entrañaba (...)"

El contrato de préstamo que incorporaba el derivado implícito se concertó el 29 de junio de 2007, antes de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva MiFID, con el art. 79 bis LMV1988. Y constituye jurisprudencia constante de esta sala que tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis.3 LMV1988), como en la pre MiFID (el art. 79 LMV1988 y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación



del producto financiero, la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, incide en la apreciación del error (por todas, sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 559/2015, de 27 de octubre).

3. Aunque la sentencia de apelación haya contradicho esta jurisprudencia al declarar que el derivado implícito no estaba sujeto a las exigencias de información precontractual de la normativa pre-MiFID, por no considerarlo un producto financiero complejo, no puede prosperar el recurso de casación por falta de efecto útil, ya que los hechos declarados probados en la sentencia muestran que al administrador de la sociedad demandante se le suministró esa información sobre el producto y sus riesgos antes de su contratación.

La Audiencia, al asumir la declaración testifical del Sr. Virgilio, el director de la oficina que atendió al Sr. Victoriano en la concertación del préstamo hipotecario con derivado implícito, contrastado con las declaraciones del Sr. Victoriano y del resto de los testigos, considera acreditado que al administrador de la demandante prestataria se le explicó cómo funcionaba el derivado implícito de acuerdo con el interés convenido, que a tal efecto le hicieron proyecciones y simulaciones claras, y que, en el caso de amortización anticipada del préstamo, la cancelación del derivado conllevaría un coste que no podía calcularse de antemano, sin perjuicio de mostrar una idea aproximada. Este coste solo operaría en caso de que se amortizara el préstamo, de lo que el propio Sr. Victoriano negó que tuviera interés en hacerlo, ni que hubiera sido un reparo cuando se planteó la venta del edificio y la amortización del préstamo.

Bajo esta constancia de que se cumplieron las exigencias de información precontractual sobre el derivado implícito, no se aprecia la existencia de error vicio en el prestatario, razón por la cual procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida.

TERCERO. Costas

Desestimados los recursos de casación e infracción procesal, procede imponer las costas de ambos recursos a la parte recurrente, de conformidad con el art. 398.1 LEC, con pérdida de los depósitos constituidos 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 extraordinario por infracción procesal interpuesto por Fandos Brother, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7.^a) de 11 de noviembre de 2019 (rollo 174/2019), que conoció de la apelación frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Valencia de 31 de octubre de 2018 (juicio ordinario 984/2017).

2.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por Fandos Brother, S.L. contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7.^a) de 11 de noviembre de 2019 (rollo 174/2019).

3.º Imponer a la recurrente las costas generadas con ambos recursos.

4.º Acordar la pérdida de los depósitos constituidos para la interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y de 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.