ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

# *TRIBUNAL SUPREMO*
## *Sala de lo Civil*

***Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán***

**SENTENCIA**

***Sentencia Nº:*** 626/2013
***Fecha Sentencia:*** 29/10/2013
**CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL**
***Recurso Nº:*** 1972/2011
***Fallo/Acuerdo:*** Sentencia Estimando Parcialmente
***Votación y Fallo:*** 02/10/2013
***Ponente Excmo. Sr. D.:*** José Ramón Ferrándiz Gabriel
***Procedencia:*** Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Quinta
***Secretaría de Sala:*** Ilmo. Sr. D. José María Llorente García
***Escrito por:*** PBM
***Nota:***

**Permuta financiera de tipos de interés. El error, como vicio del consentimiento: sus requisitos. La regla "rebús sic stantibus" y los contratos con incertidumbre sobre sus resultados económicos.**

**Recurso extraordinario por infracción procesal: congruencia, motivación y carga de la prueba.**

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

*CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.:* **1972/2011**
***Ponente Excmo. Sr. D.:*** **José Ramón Ferrándiz Gabriel**
***Votación y Fallo:*** **02/10/2013**
***Secretaría de Sala:*** **Ilmo. Sr. D. José María Llorente García**

# *TRIBUNAL SUPREMO*
## *Sala de lo Civil*

***SENTENCIA Nº:*** **626/2013**

**Excmos. Sres.:**

**D. José Ramón Ferrándiz Gabriel**
**D. Antonio Salas Carceller**
**D. Sebastián Sastre Papiol**

---

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Octubre de dos mil trece.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, ha visto los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por Banco de Santander, SA, representada por la Procurador de los Tribunales doña María José Díez Blanco, contra la sentencia dictada el veinte de junio de dos mil once, por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su dia, contra la que había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Mahón. Ante esta Sala compareció el Procurador de los Tribunales don Alberto Hidalgo Martínez, en representación de Banco Santander, SA, en concepto de parte recurrente. Es parte recurrida M. Polo, SL, representada por la Procurador de los Tribunales doña Paz Santamaria Zapata.

## ANTECEDENTES DE HECHO

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

**PRIMERO.** Por escrito registrado, por el Juzgado Decano de Mahón, el treinta y uno de marzo de dos mil diez, la Procurador de los Tribunales doña Ana María Hernández Soler, obrando en representación de M. Polo, SL, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Santander Hispano, SA.

En el referido escrito, la representación procesal de M. Polo, SL anticipó que ejercitaba la acción de nulidad de un contrato de permuta financiera de tipos de interés (swap) y, subsidiariamente, de determinadas cláusulas del contrato marco del que el mismo era desarrollo.

Tras esa afirmación alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que, desde el año mil novecientos noventa, había sido cliente de Banco de Santander Hispano, SA y celebrado con dicha entidad financiera contratos bancarios de diversos tipos, desde los de negociación de letras de cambio y otros documentos, a los de crédito, pasando por los de arrendamientos financieros y préstamos. Pero que nunca habían consistido en operaciones financieras sofisticadas, como las de compra de derivados, opciones, acciones preferentes, obligaciones subordinadas y similares.

Igualmente alegó que, en el mes de noviembre de dos mil seis, el director de la sucursal número 0045 de Banco de Santander Central Hispano, SL ofertó al administrador de M. Polo, SL la suscripción de un swap, indicándole que le serviría como instrumento de financiación periódica, así como que su coste, en todo caso, sería para ella mínimo y que operaría a modo de un seguro, dándole cobertura ante la continua subida de los tipos de interés.

Que, tras esos tratos previos, M. Polo, SL suscribió en su domicilio, el veintisiete de noviembre de dos mil seis, un "*contrato marco de operaciones financieras*" (CMOF) que contenía el clausulado general aplicable a cuantas operaciones financieras concertaran las mismas partes en lo sucesivo, el cual aportó como documento número 18.

Que la primera de las operaciones realizada en desarrollo de ese acuerdo marco fue la consistente en una permuta financiera de tipos de interés, en la modalidad "*swap bonificado reversible media*", sobre un importe virtual de cuatro millones de euros (4 000 000 €), con eficacia hasta el cuatro de diciembre de dos mil seis, lo que demostraba con el documento aportado con el número 19.

Añadió que firmó este contrato en la creencia de que los importes trimestrales del "*swap*" coincidirían con el de los cargos anuales a pagar por ella al banco y que, como se le había dicho, la operación no le produciría coste alguno, de modo que la conclusión que extrajo, confirmada verbalmente por

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

quien actuaba por la demandada, fue que, en el peor de los casos, el coste del "swap" – un seguro – representaría un 0,22 % - diferencial entre el euribor a doce meses del 3,75% al 3,97% sobre cuatro mil euros (4 000 000 €), es decir, unos ocho mil ochocientos euros (8 800 €) anuales, que se compensarían con el ahorro del importe de siete mil quinientos euros (7 500 €), aproximadamente, del tipo de interés de alrededor de un 5% de la línea de financiación de los importes de los abonos trimestrales, que podrían totalizar la suma de ciento cincuenta mil euros (150 000 €) anuales del "*swap*", por lo que el coste neto del mismo sería de unos mil trescientos euros (1 300 €) anuales, aproximadamente.

También alegó que, al firmar el "*swap*", se le dio un folleto informativo, con importantes lagunas sobre los riesgos, como demostraba el documento aportado con el número 20. Que la sociedad desconocía los productos financieros catalogados como derivados, por lo que suscribió el contrato en la confianza de que operaría como cobertura o seguro. Que, en el periodo comprendido entre los días cuatro de diciembre de dos mil seis y dos mil siete, a la demandada, por el incremento del tipo de euribor a doce meses, le correspondió abonar ciento veinticinco mil setecientos ochenta y un euros con setenta y ocho céntimos (125 781,78 €) y a ella ciento doce mil seiscientos sesenta y cuatro euros con treinta y cuatro céntimos (112 664,34 €), lo que arrojó un saldo a su favor de trece mil ciento diecisiete euros, con cuarenta y cuatro céntimos (13 117,44 €). Que, en el periodo comprendido entre el cinco de diciembre de dos mil siete y el cuatro de diciembre del año siguiente las cantidades fueron, respectivamente, de ciento cuarenta y cuatro mil trescientos treinta y siete euros, con setenta y ocho céntimos (144 337,78 €), a su favor, y ciento cuarenta y cuatro mil trescientos sesenta y siete euros, con noventa y cinco céntimos (144 367,95 €), a favor del banco, con un resultado favorable para éste de treinta euros con diecisiete céntimos (30,17 €).

Finalmente alegó que, en el verano de dos mil nueve, M. Polo, SL descubrió que había sido engañada, ya que Banco Santander, SA le manifestó que, por el descenso del tipo de interés a doce meses, el aplicable al siguiente cargo sería fijo, no variable ni bonificado. Que, ante ello, la demandada le ofreció alternativas para reestructurar el "*swap*", que ella no aceptó, como demostraban los documentos aportados con los números 21, 22 y 23.

Concluyó afirmando que lo que se le presentó como la contratación de un seguro de cobertura al alza de los tipos de interés, se había convertido finalmente en un negocio para el banco y en una considerable pérdida para ella, a falta de dos liquidaciones anuales, hasta llegar a la suma de trescientos

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

mil euros (300 000 €). Alegó que entonces intentó cancelar la operación, pero le indicaron que el coste de la cancelación ascendía a ciento sesenta y un euros (161 000 €). Y que había pedido un informe pericial, el cual aportaba como documento número 27, del que resultaba que se había tratado de una operación sofisticada, no entendida por ella, celebrada en condiciones abusivas y sin información sobre la bajada de los tipos de interés.

Con esos antecedentes, la representación procesal de M. Polo, SL calificó el contrato como de adhesión, pues las condiciones habían sido redactadas por la Asociación Española de la Banca Privada. También hizo referencia a las noticias de prensa sobre este tipo de operación y a las resoluciones del Banco de España.

Mencionó como normas aplicables las de la Ley 24/1998, de 28 de julio - artículos 78 bis y 79 bis -, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo – artículos 2, 14.2 y 16 y su anexo, artículos 1 y 5 – y la Orden de 25 de octubre de 1 995.

Afirmó que la insuficiencia del folleto informativo provocaba el error. Añadió que la información era dolosa e insuficiente y parcial, pues no preveía la bajada de tipos de interés y ocultaba las desventajas del "*swap*" y que la entidad demandada no se atuvo a los principios de claridad y transparencia que inspiraban las buenas prácticas y usos financieros, pues no ofreció a M. Polo, SL con la necesaria antelación y sosiego información clara - en la página siete del folleto informativo se mencionaba un tipo fijo a pagar por ella y, en las páginas ocho, diez, once, doce y catorce se hacía referencia a un tipo bonificado, pero no desde el 3,97%, sino, al parecer, desde el 4,50% y no se sabía si con el suelo o no del 3,97%. Y que, además, hubo una maliciosa fijación del capital virtual de cuatro millones de euros (4 000 000 €).

Alegó que, subsidiariamente a la declaración de nulidad del contrato, interesaba la de las cláusulas 12.3 – relativa a los efectos de la fijación de una fecha de vencimiento anticipado ("*una vez que sea efectiva la fecha de vencimiento anticipado se procederá al cálculo de la cantidad a pagar derivada del vencimiento anticipado de operaciones, de conformidad con lo establecido en las estipulaciones siguientes*") -, 13 – sobre el estado de cuentas ("*una vez sea efectiva la fecha de vencimiento anticipado, las partes a las que corresponda realizará los cálculos previstos en la estipulación 14...*"-, dado que, conforme a ellas no era posible conocer cuál era el importe a pagar por el vencimiento anticipado del swap. Así como la de la cláusula 19 – sobre la repercusión de gastos ("*serán de cuenta de aquella parte que haya incumplido sus obligaciones derivadas del contrato, todos los gastos, incluidos los de valoración y tributarios en que haya incurrido la otra parte, como*

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

*consecuencia de la defensa o ejecución de sus derechos en virtud del contrato*..."), en atención a que era abusiva por contraria al criterio objetivo en materia de costas, como declaró la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de once de mayo de dos mil cinco. También la de la cláusula 21.2 – relativa a la conclusión de la relación ("*el presente contrato marco estará en vigor y surtirá plenos efectos hasta que cualquiera de las partes notifique a la otra su deseo de dar por terminado, con una antelación de, al menos, treinta días naturales a la fecha de terminación señalada por la parte notificante. La terminación del presente contrato marco no afectará a las operaciones realizadas a su amparo, que seguirán reguladas por las estipulaciones del presente contrato y sus condiciones específicas*"), dado que no acaba de entenderse como la pérdida de la vigencia del contrato marco no afectaba a las operaciones realizadas a su amparo, además de que el plazo de treinta días implicaba un beneficio adicional para el banco.

Igualmente, interesó la declaración de la nulidad de otras cláusulas, particularmente, la de duración del contrato durante cinco años, por no estar prevista la posibilidad de un desistimiento unilateral sin penalización; la de fijación del importe virtual de referencia – cuatro millones de euros (4 000 000 €) -, pues su riesgo total ante la demandada por las operaciones con ella concertadas se limitaba a seiscientos dieciséis mil euros (616 000 €). También reclamó la declaración de nulidad del pacto relativo al conocimiento abstracto de los riesgos de la operación, por abusiva y falsa y la de la cláusula que permitía la posibilidad de una cancelación anticipada con pago del coste correspondiente, ya que contenía una redacción confusa e indeterminada.

Finalmente, como petición subsidiaria a la anterior, reclamó la aplicación al funcionamiento del contrato de la cláusula "*rebús sic stantibus*", dado que se había producido una alteración extraordinaria del equilibrio de prestaciones

En el suplico de la demanda, la representación procesal de M. Polo, SL interesó del Juzgado de Primera Instancia competente una "*sentencia por la que: A) Se declare la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés ("swap bonificado reversible media"), suscrito en fecha veintiocho de noviembre de dos mil seis, por mediar vicio en el consentimiento prestado por mi principal en base a los motivos indicados en el cuerpo de este escrito, y, por ende: A.1. Se declaren nulos todos y cada uno de los cargos y abonos de intereses del swap, relacionados en el documento veintiséis de la mandada, efectuados en la cuenta número 0049/0045/24/2511024099 correspondiente a la póliza de crédito que mi principal tiene contratada con la entidad crediticia*

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

*demandada, e incluso de aquellos que pudieran producirse durante la tramitación del presente procedimiento, junto con los intereses que se hubieran devengado de los mismos o se devengasen al tipo pactado en la póliza de crédito desde la fecha que se produjeron. A.2. Y, en su consecuencia, se proceda a efectuar una nueva liquidación por la parte demandada en la cuenta de la póliza de crédito 0049/0045/24/2511024099, anulándose los abonos y cargos del swap efectuados antes mencionados, y aquellos que se efectúen durante el procedimiento, junto con los intereses derivados al tipo de interés de la póliza desde la fecha que aquellos abonos y cargos se hicieron o se hicieran en la cuenta. A.3.- Se interesa igualmente la expresa imposición de las costas procesales a cargo de la entidad bancaria demandada. A.4.- Y en su consecuencia, se condene a la demandada a estar y a pasar por las anteriores manifestaciones, y al pago de los importes e intereses y costas. B) De manera subsidiaria: B.1.- Se declare la nulidad de las cláusulas decimosegunda, decimotercera, decimocuarta, decimonovena y vigesimoprimera y concordantes del contrato marco y de aquellas del contrato <swap> citadas en el hecho sexto, A) y B) de este escrito, especialmente la última cláusula del swap relativa <a la cancelación anticipada a precios de mercado> y sus concordantes. B.2.- Se declare que mi principal tiene derecho a cancelar unilateralmente y dar por terminado el contrato de permuta financiera de tipos de interés* (<swap bonificado reversible media>) suscrito entre los litigantes en fecha veintiocho de noviembre de dos mil seis, como asimismo del Contrato Marco sin tener que satisfacer cantidad dineraria alguna a la entidad bancaria demandada ni en concepto de indemnización ni de penalización. B.3.- Se declare *que deberán practicarse desde el inicio del contrato todas las liquidaciones de abones y cargos del swap efectuadas hasta la fecha y aquellas que pudieran efectuarse a partir de la fecha sobre un nominal de seiscientos dieciséis doscientos setenta y dos euros, con diecisiete céntimos (616.272,17, euros), declarándose nulos todos y cada uno de los cargos y abonos de intereses relacionados en el documento número 26 de esta demanda efectuados en la cuenta número 0049/0045/24/2511024099 correspondiente a la póliza de crédito que mi principal tiene contratada con la entidad crediticia demandada, y aquellos que se efectúen durante el procedimiento, junto con los intereses derivados al tipo de interés de la póliza desde la fecha que aquellos abonos y cargos se hicieron o se hicieran en la cuenta; y en su consecuencia se proceda a efectuar una nueva liquidación por la parte demandada en la cuenta de la póliza de crédito a tenor de este punto. B.4.- Se interesa igualmente la expresa imposición de las costas procesales a*

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

*cargo de la entidad bancaria demandada. B.5.- Y, en su consecuencia, se condene a la demandada a estar y a pasar por las anteriores manifestaciones, y al pago de los importes e intereses y costas. C) En defecto de la estimación de la pretensión subsidiaria anterior, se declare la existencia de la alteración extraordinaria en la bajada del tipo del <euribor a 12 meses>, que ha provocado la ruptura del equilibrio y equivalencia en las prestaciones del contrato del swap, y por ende se declare, en la atribución de las facultades de moderación judicial en equidad y reciprocidad conforme a la jurisprudencia de la cláusula <Rebús Sic Stantibus>, las siguientes modificaciones contractuales del mismo que entrarían en vigor desde el cinco de diciembre de dos mil ocho, hasta la finalización del contrato, con la nueva redacción del siguiente tener literal: C.1.- Para el supuesto que el tipo variable medio trimestral fuera inferior al 3,97%, el cliente satisfará anualmente al banco la media del tipo del euribor a doce meses del inicio de cada periodo, y ello por equidad y por analogía de forma similar a la cláusula del <Tipo Variable Medio Trimestral fuera superior al 4,50%> contenida en el cuatro al final del folio <5 de 6> del anexo del contrato swap. C.2.- Que el euribor a doce meses, tanto el que se abona como el que se carga o en su caso el Tipo del 3,97%, se aplicará sobre el nominal de seiscientos dieciséis mil doscientos setenta y dos euros con diecisiete céntimos (616 272,17 €), importe del riesgo financiero asumido con la entidad demandada, y no sobre el importe de cuatro millones de euros (4 000 000 €). C.3.- que cualquiera de las partes podrá cancelar anticipadamente sin pago de indemnización o penalización alguna. C.4.- Se interesa igualmente la expresa imposición de las costas procesales a cargo de la entidad bancaria demandada. C.5.- Y en su consecuencia, se condene a la demandada a estar y a pasar por las anteriores manifestaciones, y al pago de los importes e intereses y costas".*

**SEGUNDO.** La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia número Tres de Mahón, que la admitió a trámite, por auto de catorce de mayo de dos mil diez, conforme a las normas del juicio ordinario, con el número 244/10.

Banco de Santander, SA fue emplazada y se personó en las actuaciones, representada por la Procurador de los Tribunales doña Julia de la Cámara Maneiro, la cual contestó la demanda, en ejercicio de dicha representación.

En el escrito de contestación, la representación procesal de Banco de Santander, SA alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

conflicto, que el contrato convenido fue del tipo "*interest rate swap*", definido en el contrato marco como operación por la que las partes acuerdan intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal, durante el periodo de tiempo acordado. Así como que la finalidad del mismo había sido la de dar cobertura a los riesgos financieros relacionados con los intereses.

Tras describir la forma de operar el contrato y su contenido esencial - inicio, vencimiento, importe nominal, fechas de pago por el banco y por el cliente, cantidades a pagar...-, añadió que la demandante era una sociedad del tipo de las limitadas, cuya actividad principal consistía en la construcción de edificios y, especialmente, en la ejecución de obra pública, de modo que no podía ser considerada una consumidora media, sino una empresa de gran facturación y amplia experiencia bancaria. Que, en particular, en el año del contrato tenía setenta y seis trabajadores, cuarenta y dos de ellos fijos y treinta y cuatro que no lo eran, así como que, a la vista de los documentos bancarios que se mencionaban en la demanda – siete pólizas de descuento, cinco de arrendamientos financieros y dos pólizas de préstamo con garantía personal -, tenía unos conocimientos suficientes sobre toda clase de asuntos financieros.

La representación procesal de la demandada negó que M. Polo, SL hubiera padecido error al contratar y alegó que no tenía sentido que afirmara que creía que contrataba un seguro. Que lo que había sucedido es que la crisis económica sorprendió a las entidades financieras con la variación de los tipos de interés.

Añadió que sostuvo negociaciones con la demandante desde varios meses antes de la firma del contrato, en las que se explicaron al director financiero y administrativo de confianza de la demandante – señor Peirano - las particularidades del producto. Y que, en caso de existir, por todo ello el error de la demandante sería fácilmente vencible y jurídicamente intrascendente.

Consideró innecesario responder a las alegaciones contenidas en la demanda sobre el dolo, ya que el vicio por el que la demandante había pretendido la anulación del contrato era el error. Además, alegó que en el contrato se indicaba – folio número 8 - que se trataba de una "*cobertura para una revisión moderadamente alcista de los tipos de interés, hasta 3,50%-3,75%*". Que, en definitiva, el contrato contenía suficientes explicaciones sobre el funcionamiento de la relación, además de una advertencia final referida a que la operación podría conllevar riesgos considerables. Añadió que lo propio sucedía con el contrato marco y con la confirmación del mismo.

Indicó que, además, de haberse pactado un plazo de dos años y no de cinco, la operación habría sido muy rentable para la demandante, ya que, en ejecución del contrato, se fueron practicando liquidaciones trimestrales y anuales, con el siguiente resultado: la del año dos mil siete arrojó un saldo a favor de la demandante de trece mil ciento diecisiete euros con cuarenta y cuatro céntimos (13 117,44 €); la del año dos mil ocho un saldo a favor del banco de treinta euros con diecisiete céntimos (30,17 €); y la del año dos mil nueve un saldo a favor del banco de setenta y un mil seiscientos euros, con veintitrés euros (71 600,23 €). Que, realmente, había sido tres años después del contrato que la demandante afirmó haber sido engañada.

Por lo demás, alegó que se oponía a la declaración de nulidad de las cláusulas decimosegunda, decimotercera y decimocuarta del contrato marco, dado que eran claras y recogían las fórmulas de cálculo del importe; de la cláusula decimonovena, sobre el régimen de gastos derivados del incumplimiento del contrato, pues no alteraba las reglas sobre costas procesales, sino que eran una consecuencia lógica de las mismas; de la cláusula vigesimoprimera, que establecía un periodo de preaviso para la terminación del contrato de treinta días, dado que la demandante no decía cual era la causa para considerarla nula; de la cláusula relativa a la duración de la relación contractual durante cinco años, pues, en contra de lo que se afirmaba en la demanda, el desistimiento unilateral se contemplaba en el contrato. Añadió que se oponía a la modificación del nominal de referencia – cuatro millones de euros (4 000 000 €) -, pues se trataba de una suma virtual elegida por las partes y que nada tenía que ver con los demás riesgos bancarios de la demandante. Y que también se oponía a la nulidad de la cláusula relativa al conocimiento de los riesgos de la operación, pues, entre otras cosas, estaba escrita encima de donde tenían que firmar los clientes; y a la de la cláusula sobre la cantidad a pagar en caso de cancelación anticipada, pues respondía a una correcta fórmula de cálculo.

Volviendo a la demandante, afirmó que no era una consumidora media, sino una empresa de gran facturación, que hacía más de veinte años que operaba como su cliente, con la que había concertado operaciones crediticias por importe de cuatro millones de euros (4 000 000 €) y que tenía, además, un director financiero – don Sebastián Periano -, plenamente conocedor del producto a que se refería la demanda. Que la negociación que cristalizó en el contrato de noviembre de dos mil seis comenzó a primeros de ese año, con las conversaciones entre el director de la oficina y el director financiero de la demandante y que se celebraron varias reuniones explicativas, en el domicilio

social de la misma. Que varias semanas antes de la firma del contrato le fueron entregadas a la actora copia del mismo y el folleto explicativo y que nunca presentó el producto como un seguro. Que, en noviembre de dos mil ocho, dos años después de celebrado el contrato, Banco de Santander, SA propuso a la demandante cancelar la operación, pero que la misma no lo aceptó.

Añadió que los problemas con la demandante empezaron en el año dos mil nueve, esto es, tres años después del contrato, al afirmar que no comprendía el clausulado. Que la documentación proporcionada por ella explicaba suficientemente el funcionamiento y los posibles resultados de la operación. Que no había error sustancial alguno y, además, que en último caso se hubiera evitado leyendo la documentación.

Concluyó negando que fuera aplicable al contrato la "*rebús sic stantibus*", dada la incertidumbre que regía la regla contractual.

En el suplico del escrito de contestación, la representación procesal de Banco de Santander, SA interesó del Juzgado de Primera Instancia número Tres de Mahón una sentencia por la que "*A. Se desestime íntegramente la demanda instauradora de esta litis en todos sus pedimentos. b.- Se impongan las costas a la parte actora, con expresa declaración de temeridad*".

**TERCERO.** El Juzgado de Primera Instancia número Tres de Mahón, celebrados los actos de audiencia previa y del juicio, practicada la prueba que, propuesta, había sido admitida, dictó sentencia con fecha veinticinco de enero de dos mil once, con la siguiente parte dispositiva: "*Fallo. Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de M. Polo, SL contra Banco de Santander, SA, y, en consecuencia, dispongo: 1.- Declarar la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito por las partes litigantes el día veintiocho de noviembre de dos mil seis. 2.- Declarar nulos todos y cada uno de los cargos y abonos de intereses del swap, relacionados en el documento número veintiséis de la demanda, efectuados en la cuenta número 0049-0045-24-2511024099 correspondiente a la póliza de crédito que M. Polo, SL tiene contratada con Banco de Santander, SA, e incluso de aquellos que pudieran producirse durante la tramitación del presente procedimiento, junto con los intereses que se hubieran devengado de los mismos o se devengasen al tipo pactado en la póliza de crédito desde la fecha que se produjeron. 3.- Banco de Santander, SA deberá proceder a una nueva liquidación en la cuenta de la póliza de crédito número 0049-0045-24-2511024099, anulándose los abonos y cargos del swap efectuados, y aquellos*

*que se efectúen durante el procedimiento, junto con los intereses derivados al tipo de interés de la póliza desde la fecha que aquellos abonos y cargos hicieron en la cuenta. 4.- Condenar a Banco de Santander, SA a estar y pasar por las manifestaciones y al pago de los importes e intereses referidos*".

**CUARTO.** La representación procesal de Banco de Santander, SA recurrió en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número Tres de Mahón, dictada en el juicio ordinario número 244/2010, en fecha veinticinco de enero de dos mil once.

Las actuaciones se elevaron a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en la que se turnaron a la Sección Quinta de la misma, que tramitó el recurso de apelación, con el número 199/2011, y dictó sentencia con fecha veinte de junio de dos mil once, con la siguiente parte dispositiva: "*Fallamos. 1º) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora de los Tribunales doña Julia de la Cámara Meneiro, en representación de Banco de Santander, SA, contra la sentencia de fecha veinticinco de enero de dos mil once, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Mahón, en los autos de juicio ordinario número 244/2010, de que dimana el presente rollo de Sala; y, en su virtud, 2º) Confirmar la totalidad de pronunciamiento que la resolución impugnada contiene. 3º) Se imponen a la parte apelante las costas procesales devengadas en esta alzada*".

**QUINTO.** La representación procesal de Banco de Santander, SA preparó e interpuso contra la sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dictada, en el rollo número 199/2011, el veinte de junio de dos mil once de la Sección, recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación.

Las actuaciones se elevaron a la Sala Primera del Tribunal Supremo, la cual, por auto de once de junio de dos mil trece, decidió: "*1º) Admitir el recurso de casación formalizado por la representación procesal de Banco de Santander, SA, contra la sentencia dictada con fecha veinte de junio de dos mil once, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección Quinta), en el rollo de apelación número 199/2011, dimanante de los autos de juicio ordinario número 244/2010 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Tres de Mahón*".

En el fundamento de derecho primero del referido auto se expresó, sin embargo, que también era admitido el recurso extraordinario por infracción procesal.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

**SEXTO.** El recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Banco de Santander, SA, contra la sentencia dictada, en el rollo 199/2011, por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de veinte de junio de dos mil once, se compone de tres motivos, en los que la recurrente denuncia:

**PRIMERO.** La infracción del artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**SEGUNDO.** La infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**TERCERO.** La infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**SÉPTIMO.** El recurso de casación interpuesto por Banco de Santander, SA, contra la sentencia dictada, en el rollo 199/2011, por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de veinte de junio de dos mil once, se compone de cinco motivos, en los que la recurrente, con apoyo en el artículo 477, apartado 2, ordinal segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia:

**PRIMERO.** La infracción del artículo 1266 del Código Civil.

**SEGUNDO.** La infracción de los artículos 1309, 1311 y 1313 del Código Civil.

**TERCERO.** La infracción de los artículos 1281, 1282 y 1283 del Código Civil.

**CUARTO.** La incorrecta aplicación de la normativa reguladora de mercado de valores.

**QUINTO.** Infracción de los artículos 7 y 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio.

**OCTAVO.** Evacuado el traslado conferido al respecto, la Procurador doña Paz Santamaría Zapata, en nombre y representación de M. Polo, SL, impugnó los recursos, solicitando se declarase no haber lugar a los mismos.

**NOVENO.** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló como día para votación y fallo del recurso el dos de octubre de dos mil trece, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **JOSÉ RAMÓN FERRÁNDIZ GABRIEL,**

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

**PRIMERO. Resumen de antecedentes.**

I. El veintisiete de noviembre de dos mil seis, M. Polo, SL, sociedad dedicada a la ejecución y promoción de obras, y Banco de Santander, SA, perfeccionaron un contrato marco de operaciones financieras y, en su desarrollo, otro denominado "*swap bonificado reversible media*", por virtud del que quedaron obligadas a intercambiarse las cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y otro variable de interés a un importe nominal virtual que habían determinado –cuatro millones de euros -, durante un periodo de tiempo de cinco años – desde diciembre de dos mil cinco al mismo mes de dos mil once - , en determinadas condiciones.

II. M. Polo, SL participó, con distintos resultados, en las liquidaciones de la relación de permuta financiera correspondientes a los periodos anuales de dos mil siete, dos mil ocho y dos mil nueve.

Cumplidos tres años desde que entró en vigor la referida reglamentación contractual, interpuso la demanda a que se refiere la sentencia recurrida, alegando que había contratado con una voluntad viciada por error, al desconocer, fundamentalmente por el comportamiento de la demandada y la insuficiente información previa que le había proporcionado, cuáles eran los verdaderos riesgos económicos de la operación, finalmente actualizados en su perjuicio.

Para el caso de que la acción de anulación por el mencionado vicio del consentimiento no alcanzase éxito, M. Polo, SL pretendió la declaración de la nulidad de diversas cláusulas del contrato marco – las de los apartados números 12.3, 19, 21.1 y 21.2 del documento que contiene las reglas contractuales, relativas, básicamente, a la liquidación de la relación en caso de extinción antes del plazo final pactado y al pago de los gastos derivados del incumplimiento -, así como la de otras - referidas al vencimiento anticipado, a la determinación del nominal de referencia y a la declaración de conocimiento de los riesgos de la operación -.

Finalmente, con carácter subsidiario y en último caso, reclamó la aplicación a la liquidación de la relación contractual de la regla "*rebús sic stantibus*", ante los cambios de valor producidos, los cuales calificó como una alteración sobrevenida y extraordinaria de las circunstancias y una ruptura del equilibrio entre las prestaciones de una y otra parte.

III. En las dos instancias fue estimada la primera de las pretensiones deducidas por M. Polo, SL. Entendieron los respectivos Tribunales que la voluntad de aquella sociedad se había formado sobre una creencia inexacta

respecto de los riesgos de la aplicación de los tipos de interés al importe nominal elegido.

Sobre las pretensiones subsidiarias no se pronunciaron ninguno de los órganos judiciales.

IV. Contra la sentencia de apelación interpuso Banco de Santander, SA recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, que examinamos seguidamente, una vez determinada la materia objeto del proceso o "*res de qua agitur*".

A. La primera de las pretensiones a que se refiere el suplico de la demanda de M. Polo, SL fue la declarativa de la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés, "*por mediar vicio en el consentimiento*".

En las alegaciones que precedieron a dicha petición, M. Polo, SL identificó el vicio invalidante, de entre los que menciona el artículo 1265 del Código Civil, con el error vicio, esto es, con la formación de su voluntad contractual sobre la base de una creencia inexacta – sentencias 660/2012, de 15 de noviembre, 683/2012, de 21 de noviembre, entre muchas otras -.

Por esa razón, las referencias que la demandante hizo en sus escritos de alegación a la actuación dolosa de Banco de Santander, SA carecen de influencia en la decisión del conflicto – como pusieron de relieve, expresamente, la demandada e, implícitamente, las sentencias de las dos instancias -, claro está, salvo que ese supuesto comportamiento insidioso hubiera efectivamente provocado en la formación de la voluntad de M. Polo, SL el vicio por ella alegado en su demanda.

B. El mencionado escrito - y las sentencias de ambas instancias - contiene extensas argumentaciones referidas al incumplimiento por Banco de Santander, SA, antes de contratar, del deber de informar a quien era su cliente sobre los riesgos de la operación financiera ofertada.

Sin embargo, aunque un defecto de información puede causar error en la formación de la voluntad de quien la necesitaba, no es correcta una equiparación, sin matices, entre uno y otro, pues puede haber error pese a la información – por más que lo normal es que no sea así o que la equivocación resulte inexcusable – y a la inversa.

Además, como se ha indicado, en la demanda no se identificó la causa de la nulidad del contrato con una supuesta infracción de normas imperativas relativas a la información que debía proporcionar la entidad de crédito a su cliente ni se pretendió una resolución de la relación contractual por incumplimiento de los llamados códigos de conducta impuestos por normas jurídicas a empresas del tipo de la demandada – pese a integrar el contenido

preceptivo de la llamada "*lex privata*" o "*lex contractus*", como expusimos en la sentencia 243/2013, de 18 de abril-.

Por esas razones, el supuesto defecto de información – rotundamente negado por la demandada – sólo interesa en la medida que hubiera podido ser instrumento del error. La congruencia así lo impone.

IV. Afirma M. Polo, SL que la cuantía que al litigio había atribuido Banco Santander, SA en la primera instancia no le permitía interponer el recurso de casación, en aplicación de la regla segunda del apartado 2 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El impedimento de que se trata no merece ser acogido.

El artículo 485, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite a las partes denunciar, en el escrito de oposición al recurso de casación, las causas de inadmisibilidad que consideren existentes. La norma, sin embargo, contiene una limitación, referida a que aquellas no han de haber sido rechazadas por el Tribunal.

Dicho límite ha de operar en el caso enjuiciado, dado que la cuestión sobre la cuantía quedó resuelta por nuestro auto de once de junio de dos mil trece, en el que se declaró expresamente justificado el presupuesto de recurribilidad previsto en la regla segunda del apartado 2 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, notoriamente concurrente.

## I. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL DE BANCO SANTANDER, SA.

**TERCERO. Enunciado y fundamentos de los motivos primero y tercero del recurso.**

Examinamos conjuntamente los dos mencionados motivos porque, en ambos, Banco Santander, SA denuncia los mismos defectos de la sentencia recurrida y lo que varía en ellos es la norma que la recurrente considera infringida.

Alega Banco Santander, SA que la sentencia de apelación es incongruente, porque la materia objeto de la equivocada o inexacta creencia o representación mental de M. Polo, SL - determinante, según ella, de la anulación del contrato - es distinta de la que había sido alegada en la demanda.

Afirma la recurrente que, consecuentemente, el Tribunal de apelación no había observado la máxima "*iudex iudicet secundum allegata et probata*

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

*partium*", dado que el fallo de su sentencia se había basado en unos hechos no introducidos en el proceso oportunamente por la demandante como fundamento de su acción de nulidad por error vicio.

También sostiene que la sentencia recurrida adolece de un defecto tanto de exhaustividad, como de motivación, porque no contiene respuesta alguna a sus alegaciones sobre que el error, de existir, habría quedado subsanado - por haber percibido la demandante las liquidaciones de la operación financiera durante tres años, con plena conformidad, y por haber rechazado su propuesta de dar por extinguida la operación a los dos años de su comienzo -. Ni sobre su alegación relativa a la significación del comportamiento contractual de M. Polo, SL - cuyo administrador no dio lectura al contenido de los contratos -. Ni sobre la referencia que hizo a las contradicciones advertidas en las declaraciones de dos testigos – el administrador y el asesor financiero de la demandante – y al significado de las resoluciones del Banco de España sobre la materia.

Banco de Santander, SA sostiene, en el motivo primero, que esos defectos implican la infracción del artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en el tercero, la del artículo 218, apartado primero, de la misma Ley.

**CUARTO. Desestimación de ambos motivos.**

I. La congruencia consiste en la adecuación, correlación o armonía entre el fallo de la resolución judicial de que se trate y las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta, además del "*petitum*" (petición), la "*causa petendi*" (hechos en que se funda la pretensión deducida) - sentencias 385/2010, de 16 de junio, y 271/2011, de 11 de abril, y las que en ella se citan -.

Para determinar si los hechos en que se basa el fallo de una sentencia son los mismos que los alegados oportunamente hay que servirse de un concepto lógico de la identidad. La adecuación entre los términos de la comparación puede existir sin una coincidencia literal o absoluta entre ellos.

Ello sentado, la necesaria labor de interpretación que la redacción de los motivos impone nos lleva a entender que los hechos por los que M. Polo, SL afirmó haber contratado con voluntad viciada por error fueron, sustancialmente, los mismos que las sentencias de las dos instancias tomaron en consideración para anular el contrato: en síntesis, la inexacta creencia que se formó la demandante sobre los futuros resultados económicos de la operación financiera. Las disquisiciones que, al respecto, efectúa la recurrente no permiten alejarse de esa conclusión.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

II. Ciertamente, el artículo 218, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que las sentencias decidan todos los puntos litigiosos que hubieran sido objeto del debate.

La sentencia 119/2003, de 28 de febrero - con cita de la 65/2000, de 4 de febrero - destacó la trascendencia constitucional del correspondiente defecto, como consecuencia de que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, afirmado en el artículo 24, apartado 1, de la Constitución Española, exige que aquellas resoluciones resuelvan absolutamente todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta procedente.

Para averiguar si una sentencia padece o no el vicio de incongruencia por omisión o "*ex silentio*" - que es distinto del de motivación y del acierto en la aplicación de la norma sustantiva al supuesto litigioso – también se hace necesario interpretarla, a fin de conocer si estima o desestima, aunque sea implícitamente, las pretensiones deducidas por la parte actora y los medios de defensa opuestos por la demandada.

El resultado de esa operación lleva, también en este caso, a una conclusión negativa sobre el defecto de exhaustividad que la recurrente afirma, por cuanto las omisiones que atribuye a la sentencia de apelación, en ambos motivos, se refieren a la valoración de la prueba – no haber destacado el Tribunal las contradicciones en que, dice, incurrieron dos testigos - y a la propia afirmación del alegado error – no haber tomado en consideración las características específicas de la contratación, ni determinado comportamiento elocuente de la demandante o el valor de las resoluciones de los organismos reguladores sobre el mismo tipo de contratación - y se proyectan sobre la motivación o, directamente, sobre la aplicación del artículo 1266 del Código Civil, sin afectar a la exhaustividad de la decisión, exigencia que aparece cumplida.

III. En la interpretación del artículo 24 de la Constitución Española – en el que, al fin, se basa el artículo 218, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil - la sentencia del Tribunal Constitucional 56/2013, de 11 de marzo, recuerda que la motivación de las resoluciones judiciales constituye una exigencia derivada de dicho precepto - además del contenido en el artículo 120, apartado 3, del mismo texto -, en la medida en que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen, para posibilitar el control de su corrección mediante el sistema de recursos.

Para calificar una sentencia desde el punto de vista de la motivación ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que el derecho de los litigantes a ella no les faculta a exigir que sea exhaustiva, en sentido absoluto, ni que alcance a

todos los aspectos y perspectivas que ofrezca la cuestión litigiosa - sentencias 165/1.999, de 27 de septiembre, 196/2003, de 27 de octubre, 262/2006, de 11 de noviembre, y 50/2007, de 12 de marzo -, aunque sí que contenga las argumentaciones decisivas que permitan conocer la que constituye "*ratio*" de la decisión, para en su caso impugnarla - sentencias 56/1.987, de 5 de junio, y 218/2.006, de 3 de julio – .

Esa posibilidad de conocer la "*ratio*" de la sentencia recurrida la ha tenido Banco de Santander, SA, pues la extensas consideraciones generales expuestas en la misma carecerían de todo sentido sino es poniéndolas en relación con las circunstancias del caso, en ellas indirectamente reflejadas. Por otro lado, la expresión de la total coincidencia del Tribunal de apelación con el de la primera instancia sobre la existencia del alegado error, su sustancialidad y excusabilidad – pagina 56 de la resolución -, reafirman esa conclusión.

**QUINTO. Enunciado y fundamentos del motivo segundo del recurso, así como razones de su desestimación.**

I. En el segundo motivo denuncia Banco Santander, SA la infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Alega la recurrente que todo contratante que afirme haber sufrido error al contratar debe probarlo. Y que también ha de demostrar la esencialidad y excusabilidad del vicio, ya que la normalidad exige partir de que las declaraciones negociales expresan la verdadera voluntad de quienes las emiten.

Esas acertadas afirmaciones le dan pié, sin embargo, para sostener que el Tribunal de apelación, al declarar probado que M. Polo, SL sufrió un error sustancial y excusable al contratar, no tuvo en cuenta la ausencia de prueba sobre el vicio, con lo que le forzó a tener que demostrar un hecho negativo: la inexistencia del mismo.

II. Como expusimos, entre otras muchas, en la sentencia 822/2012, de 18 de enero, el llamado problema de la carga de la prueba surge sólo en caso de ausencia de elementos de juicio susceptibles de fundar la convicción del Juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes y a los que la norma vincula la consecuencia jurídica pretendida. Es entonces, por la prohibición del "*non liquet*", cuando se hacen necesarias unas reglas que identifiquen a la parte sobre la que ha de recaer el perjuicio derivado de la falta o insuficiencia de prueba.

Por esa razón, las mencionadas reglas exclusivamente se infringen cuando, por no haberse considerado probados hechos necesitados de

demostración, se atribuyan las consecuencias del defecto a quién, según ellas, no le correspondía sufrir la imputación de la laguna o insuficiencia probatoria – sentencias 376/2010, de 14 de junio, 88/2011, de 16 de febrero, 333/2011, de 9 de mayo, 518/2011, de 30 de junio, 479/2012, de 19 de julio, 494/2012, de 20 de julio, 526/2012, de 5 de septiembre, 525/2012, de 7 de septiembre, 561/2012, de 27 de septiembre, 557/2012, de 1 de octubre, 615/2012, de 23 de octubre, 616/2012, de 23 de octubre, 601/2012, de 24 de octubre, 662/2012, de 12 de noviembre, 684/2012, de 15 de noviembre, entre otras muchas -.

Consecuentemente, carece de sentido denunciar un deficiente reparto del "*onus probandi*" en casos en los cuales el Tribunal de instancia, tras la correspondiente valoración de los medios de prueba practicados, hubiera declarado que los hechos controvertidos de que se trata han quedado demostrados - con independencia de la parte que haya proporcionado el medio que produjo ese efecto -.

Esto es lo sucedido en el caso que se enjuicia, ya que el Tribunal de apelación declaró probado el error, que había afirmado la demandante como causa de anulación del contrato litigioso.

Por otro lado, no es procedente denunciar la vulneración de las reglas sobre la carga de la prueba para impugnar la valoración de los medios efectivamente practicados, dado que no contienen criterios o máximas sobre tal materia – sentencias 526/2012, de 5 de septiembre, 557/2012, de 1 de octubre, entre otras muchas -.

## II. RECURSO DE CASACIÓN DE BANCO DE SANTANDER.

**SEXTO. Enunciado y fundamentos del primero de los motivos del recurso de casación.**

Denuncia en este motivo Banco Santander, SA la infracción del artículo 1266 del Código Civil, regulador de los requisitos precisos para que el error invalide el consentimiento que da vida a los contractos.

Alega la recurrente que el principio de conservación de los contratos exige la demostración de un conjunto de requisitos para poder anularlos por error. Y ello supuesto, niega que los hechos probados en el proceso permitan afirmar que M. Polo, SL formó su voluntad de contratar sobre una creencia inexacta, merecedora de la consideración de vicio del consentimiento, así como que – en atención a la materia objeto de la equivocación, según la demanda – el error, de haber existido, fuera esencial y, en último caso,

excusable, dada la actividad a que se dedicaba la demandante, el importante número de empleados que trabajaban por su cuenta, así como la entidad y cuantía de las operaciones bancarias llevadas a término, anteriormente, entre ambas partes, la escasa atención prestada al contenido del documento otorgado para formalizar la reglamentación por quien lo firmó y la suficiencia de la información ofrecida por ella sobre las características del swap de intereses convenido.

**SÉPTIMO. El error vicio y los requisitos que ha de reunir para anular el contrato.**

Reiteramos la doctrina que, sobre la materia, resumió la sentencia 683/2012, de 21 de noviembre. En ella expusimos que cabe hablar de error vicio cuando la voluntad del contratante se hubiera formado a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que hubiera servido de presupuesto para la celebración del contrato fuera equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada - "*pacta sunt servanda*" - imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y, consecuentemente, pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, los contratos constituyen el instrumento jurídico por el que quienes los celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una *"lex privata"* (ley privada) cuyo contenido determinan.

La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - sentencia de 15 de febrero de 1977 -.

En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca la consideración de tal. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura, no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer - además de sobre la persona, en determinados casos - sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de ella que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo - sentencias de, 4 de enero de 1982, 295/1994, de 29

de marzo, entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil -.

Por otro lado, de existir y haberse probado, el error debería ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se les presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del negocio jurídico, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento.

Se entiende que quien contrata soporta el riesgo de que sean acertadas o no las representaciones que, al consentir, se hizo sobre las circunstancias en consideración a las cuales le había parecido adecuado a sus intereses quedar obligado.

Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997, entre otras -.

Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos en el desenvolvimiento de la relación contractual resulten contradictorios con la reglamentación creada. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

Repetimos que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre para quien la efectuó como razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecte sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo, en caso de operaciones económicas, de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia.

Por otro lado, el error ha de ser excusable. La jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982, 756/1996, de 28 de septiembre, 726/2000, de 17 de julio, 315/2009, de 13 de mayo - exige tal cualidad, pese a no estar mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta de quien se presenta como ignorante o equivocado, negándole protección cuando, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en esa situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

**OCTAVO.- Aplicación de la expuesta doctrina a las circunstancias del caso para la estimación del motivo.**

I. Hemos declarado en muchas ocasiones que si la determinación de los hechos en los que, en las sentencias recurridas, se hubiera basado la afirmación del vicio del consentimiento no puede ser variada en casación, este recurso permite, sin embargo, revisar la valoración jurídica hecha en la instancia a partir del supuesto fáctico – sentencias de 18 de febrero de 1985, 1200/1994, de 30 de diciembre, 295/2004, de 29 de marzo, 695/2010, de 12 de noviembre, 683/2012, de 21 de noviembre, entre otras muchas -. Dicho con otras palabras, los hechos - necesitados de prueba para que puedan ser considerados como efectivamente acaecidos - constituyen el enunciado de las normas jurídicas que a ellos se aplican, de modo que, además de reconstruidos o fijados en el proceso, tienen que ser puestos en relación con la norma de la que constituyen supuesto, con el fin de identificar su significación jurídica y, por lo tanto, de determinar si reúnen o no las notas que los convierten en relevantes desde tal punto de vista. Se trata, por tanto, de aplicarles unos juicios de valor que aportan criterios adecuados para su subsunción, una vez probados, en el concepto jurídico previsto en la norma, cuyo control no queda fuera de la casación.

II. El contrato anulado por los Tribunales de ambas instancias lo perfeccionaron M. Polo, SL y Banco Santander, SA con el propósito de dar cobertura a los riesgos de la oscilación de los tipos de interés, mediante el intercambio periódico de las cantidades resultantes de aplicar, a un nominal puramente virtual, el referido índice variable.

Las prestaciones debidas por las partes no estaban, consiguientemente, determinadas al perfeccionarse el contrato, sino que debían serlo en el futuro, de conformidad con los criterios establecidos en él por las contratantes. Eran, por tanto, determinables en función de las

oscilaciones futuras de los tipos de interés o, lo que es lo mismo, en atención a acontecimientos futuros e inciertos, derivados de las fluctuaciones del mercado. De ellos dependía no sólo la determinación de las prestaciones, sino también la identificación de quien, en cada periodo de liquidación, sería deudor.

Sentado lo anterior, del escaso relato de hechos probados que contiene la sentencia recurrida no deriva base para entender que la representación equivocada sobre el resultado de la operación, con la que M. Polo, SL afirmó haber contratado, fuera razonablemente segura. No cabe desconocer que el funcionamiento del contrato se proyectaba sobre un futuro, más o menos próximo, con un acusado componente de incertidumbre. Lo que implicaba que dicha sociedad asumía, de modo evidente, un riesgo de pérdida correlativo a la esperanza de obtener una ganancia.

Es difícil admitir que una sociedad con experiencia en el mercado y en las relaciones con las entidades bancarias, como M. Polo, SL, padeciera un error como el declarado en las instancias. Pero, en todo caso, hay que rechazar que el mismo superase el límite de los riesgos asumidos y, en último caso, que fuera excusable.

De los escasos datos de hecho que, como se expuso, permite conocer la sentencia recurrida, ninguno justifica considerar que los acontecimientos producidos en la ejecución del contrato - en concreto, el resultado finalmente perjudicial de la operación para M. Polo, SL - resultaran contradictorios con la regla contractual voluntariamente creada, en la que el riesgo constituía la esencia de la operación.

Por otro lado, con razón afirma la recurrente que la sentencia recurrida debió dar alguna significación al hecho de que M. Polo, SL hubiera entendido válido y vinculante el contrato cuando, en la primera de las liquidaciones anuales, los resultados económicos le fueron favorables o, en la segunda, cuando no le fueron perjudiciales.

Procede, por ello, estimar el motivo y, sin necesidad de que nos pronunciemos sobre los demás del recurso de casación, desestimar la pretensión deducida como principal en la demanda.

**NOVENO. Desestimación de las pretensiones deducidas subsidiariamente en la demanda.**

Los órganos judiciales de ambas instancias, estimada la pretensión que había deducido, como principal, M. Polo, SL, no se pronunciaron sobre las dos

subsidiarias, una de primer grado y otra de segundo. Por ello, debemos hacerlo ahora, en funciones de Tribunal de instancia.

I. Para el caso de que fuera desestimada la acción de anulación del contrato de permuta financiera de tipos de interés, M. Polo, SL pretendió la declaración de la nulidad de las cláusulas decimosegunda, decimotercera, decimocuarta, decimonovena y vigesimoprimera, no de ese contrato, sino del que, para servir de marco de toda "*relación negocial que surja entre las partes como consecuencia de la realización de las operaciones*" que en el correspondiente documento se relacionaron – entre ellas, las permutas financieras de tipos de interés –, dicha sociedad perfeccionó, el veintisiete de noviembre de dos mil seis, con Banco Santander, SA.

Las referidas cláusulas – que aparecen mencionadas en el apartado de la letra A del hecho sexto de la demanda – se proyectan sobre los "*efectos de la fijación de una fecha de vencimiento anticipado*" – la decimosegunda, aunque particularmente se menciona su apartado 3, conforme al que "*una vez que sea efectiva la fecha de vencimiento anticipado se procederá al cálculo de la cantidad a pagar derivada del vencimiento anticipado de operaciones, de conformidad con lo establecido en las estipulaciones siguientes*" -; sobre el "*estado de cuentas*" – la decimotercera, según la que "*una vez sea efectiva la fecha de vencimiento anticipado, las partes a las que corresponda realizará los cálculos previstos en la estipulación 14...*"-; sobre el "*calculo de la cantidad a pagar*" – la decimocuarta -; sobre "*los gastos*" – la decimonovena, conforme a la que "*serán de cuenta de aquella parte que haya incumplido sus obligaciones derivadas del contrato, todos los gastos, incluidos los de valoración y tributarios en que haya incurrido la otra parte, como consecuencia de la defensa o ejecución de sus derechos en virtud del contrato...*"; y sobre la "*vigencia*" de la relación contractual – la vigesimoprimera, según la que la cualquiera de las partes puede extinguir unilateralmente la misma, siempre que notifique a la otra su decisión "*con una antelación de, al menos, treinta días naturales a la fecha de terminación señalada...*", sin perjuicio de lo que "*las operaciones realizadas a su amparo... seguirán reguladas por las estipulaciones del presente contrato...*" -.

Alegó la demandante, como argumento para obtener la declaración de la nulidad, en cuanto a las tres primeras cláusulas – las contenidas en los ordinales 12ª, 13ª y 14ª -, que adolecían de una redacción poco clara. La cuarta – la del ordinal 19ª -, que establecía, en materia de gastos, una regla distinta de la que, en la regulación de las costas procesales, contiene la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y la última – la del ordinal 21ª -, que imponía la necesidad

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

de un periodo de preaviso para la denuncia del vínculo contractual y contemplaba la conclusión, según lo pactado, de las operaciones ya iniciadas y pendientes de consumación, en tales casos.

También pretendió la declaración de la nulidad de otras previsiones negociales – mencionadas en el apartado de la letra B del mismo capítulo de la demanda –, referidas a la supuesta falta de previsión de la denuncia del contrato, a la determinación del nominal al que debían ser aplicadas las oscilaciones futuras de los tipos de interés, a la expresión del conocimiento por el firmante de los riesgos de la operación y a la liquidación de la operación.

La referida pretensión de la demandante tiene en común, con independencia de cuál sea la cláusula concreta a la que se refiera, una ausencia, no ya de indicación del concreto efecto de la aplicación de cada una de ellas pudo producir en la relación de permuta financiera convenida conforme al modelo del contrato marco, sino de la norma imperativa o prohibitiva infringida en cada supuesto.

Con ese inexistente fundamento fáctico y normativo, su pretensión debe ser desestimada. No nos corresponde examinar, desde todos los puntos de vista posibles, la validez de las mencionadas cláusulas – la impugnación de alguna de las que, además, parte de un supuesto fácticamente inexacto u obtendría un adecuado tratamiento en el ámbito de la interpretación o de la prueba -.

II. Para el caso de que fueran desestimadas las acciones examinadas, M. Polo, SL alegó que se había producido una extraordinaria e imprevisible variación de los tipos de interés que provocó un desequilibrio de las prestaciones de cada parte, necesitada de una revisión o reajuste.

En la sentencia 822/2012, de 18 de enero, recordamos que la regla *"pacta sunt servanda"* exige que los contratantes cumplan sus obligaciones aunque les resulten más onerosas de lo que habían previsto, tanto por un aumento de los costes de la ejecución como por una disminución del valor de la contraprestación a que tuvieran derecho, pero, añadimos, que cuando la previsión de los contratantes sobre la subsistencia o el cambio de la situación económica en la que se celebró el contrato no hubiera sido minuciosa – mediante el establecimiento de condiciones suspensivas o resolutorias o cláusulas estabilizadoras -, se plantea la cuestión de determinar los efectos que, en la reglamentación contractual, pueda producir una imprevista y extraordinaria mutación de aquellas circunstancias, ya sea porque las representaciones mentales de los contratantes se hubieran formado a partir de una determinada realidad - criterio subjetivo -, ya porque la alteración llegue a

romper, en medida inadmisible, el equilibrio de prestaciones y, según cual haya sido el tipo negocial elegido, a privar de todo sentido a la reglamentación pactada - criterio objetivo -.

Como expusimos en dicha sentencia, la cuestión ha sido tratada por la doctrina, desde distintos puntos de vista - como el de la continuada influencia de la causa onerosa del contrato, la excesiva dificultad de cumplir la obligación asumida, la asignación de los riesgos contractuales, la alteración de la base del negocio, objetiva y subjetiva, la interpretación del contrato y la doctrina de la presuposición o la supuestamente implícita "*cláusula rebús sic stantibus omnis conventio intellegitur*"...- No obstante, la jurisprudencia, utilizando especialmente esta última fórmula, se ha referido a la mencionada cuestión, para destacar la admisibilidad en nuestro sistema de los medios de corrección de la frustración económica del contrato, en determinadas situaciones particulares - así, entre otras, en las sentencias de 31 de octubre de 1963, 15 de marzo de 1972, 16 de junio de 1983, 27 de junio de 1984, 19 de abril de 1985, 17 de mayo de 1986, 13 de marzo de 1987, 6 de octubre de 1987, 23 de marzo de 1988, 16 de octubre de 1989, 21 de febrero de 1990, 12 de noviembre de 1990, 1202/1993, de 14 de diciembre, 209/1994, de 15 de marzo, 344/1994, de 20 de abril, 29/1996, de 29 de enero, 1048/2000, de 15 de noviembre, 1059/2000, de 17 de noviembre, 129/2001, de 20 de febrero, 1234/2001, de 28 de diciembre, 518/2002, de 27 de mayo, 313/2004, de 22 de abril, 539/2004, de 18 de junio, 1090/2004, de 12 de noviembre, 481/2005, de 17 de junio, 953/2006, de 9 de octubre, 79/2007, de 25 de enero, 197/2007, de 1 de marzo, 966/2007, de 26 de septiembre, 175/2009, de 16 de marzo, 336/2009, de 21 de mayo, 781/2009, de 20 noviembre, 360/2010, de 1 de junio, 84/2012, de 20 de febrero, 93/2012, de 21 de febrero, 240/2012, de 23 de abril, 243/2012, de 27 de abril -.

Esa influencia de los cambios imprevistos sobre la posibilidad de la resolución del vínculo o, especialmente, la modificación equitativa de su contenido, resulta también admitida en ordenamientos cercanos. En alguno, cuando se trate de contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, para el caso de que la prestación de cualquiera de las partes "*è divenuta eccessivamente onerosa*" - artículos 1467 y 1468 del Código Civil italiano -. En otros, simplemente, en el supuesto de que las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar "*tiverem sofrido uma alteraçâo anormal*" - artículo 437 del Código Civil portugués -.

También precisamos que cualquiera previsión sobre el futuro de tales instrumentos no puede prescindir de que hoy gozan de reconocimiento en los

principales textos de armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos, como son los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales - artículo 6.2.2 -, los Principios de derecho europeo de contratos - artículo 6.111- o los trabajos para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos - artículo 1213 -. En similar sentido se expresó la sentencia 644/2012, de 8 de noviembre.

Sin embargo, para que sea aplicable esa técnica de resolución o revisión del contrato se exige, entre otras condiciones, como señaló la sentencia de 23 de abril de 1991, que la alteración de las circunstancias resulte imprevisible, lo que no acontece cuando la incertidumbre constituye la base determinante de la regulación contractual.

Del contraste de los datos proporcionados por M. Polo, SL en su demanda con los probados, no resulta otra posibilidad que la de entender que el supuesto enjuiciado era el que acaba de ser descrito en el párrafo anterior.

**UNDECIMO. Régimen de las costas procesales.**

En aplicación de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede imponer a M. Polo, SL las costas de la primera instancia y a Banco Santander, SA las de su recurso extraordinario por infracción procesal, ya que la demanda y este recurso son desestimados.

Sobre las costas de los recursos de apelación y casación, ambos estimados, no procede pronunciamiento de condena respecto de las costas.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo españoly su Constitución.

## F A L L A M O S

Declaramos no haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Banco Santander, SA, contra la sentencia dictada, con fecha veinte de junio de dos mil once, por la Sección Quinta de a Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

Las costas de dicho recurso quedan a cargo de la recurrente.

Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por Banco Santander, SA, contra la sentencia dictada, con fecha veinte de junio de dos

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

mil once, por la Sección Quinta de a Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

En consecuencia, casamos y anulamos dicha sentencia y, en su lugar, con estimación del recurso de apelación interpuesto por Banco Santander, SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Mahón, con fecha veinticinco de enero de dos mil once, en el juicio ordinario número 244/2010, dejamos la misma sin efecto y, en su lugar, desestimamos la demanda interpuesta por M. Polo, SL contra Banco Santander, SA.

Las costas de la primera instancia quedan a cargo de M. Polo, SL.

Sobre las costas de la apelación y el recurso de casación no formulamos pronunciamiento de condena.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-**José Ramón Ferrándiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.-Sebastián Sastre Papiol.- Firmado y rubricado.-**

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **José Ramón Ferrándiz Gabriel**, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.