

Roj: STS 7843/2012  
Id Cendoj: 28079110012012100690  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1729/2010  
Nº de Resolución: 683/2012  
Procedimiento: Casación  
Ponente: JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Noviembre de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto por Banco Español de Crédito, SA, representada por el Procurador de los Tribunales don Luis de Miguel- Bueres Fernández, contra la sentencia dictada, el veintisiete de enero de dos mil diez, por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo, que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la que había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia número Seis de Oviedo. Ante esta Sala compareció el Procurador de los Tribunales don José Manuel Villasante García, en representación de Banco Español de Crédito, en concepto de parte recurrente. Es parte recurrida Concha y Estrada, SL, representada por la Procurador de los Tribunales doña María Dolores de la Plata Corbacho.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Por escrito registrado por el Juzgado Decano de Oviedo el dieciséis de junio de dos mil ocho, el Procurador de los Tribunales don Luis Alberto Prado García, obrando en representación de Concha y Estrada, SL, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Español de Crédito, SA.

En dicha demanda, la representación procesal de Concha Estrada, SL alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que la sociedad demandante había celebrado con Banco Español de Crédito, SA un contrato sobre instrumentos financieros derivados, el veinte de febrero de dos mil cuatro y, otro, el veintisiete de los mismos mes y año, como demostraba el documento número 1 de los acompañados a la demanda. Que, en los anexos de los mencionados contratos aparecía que las partes acordaron *"intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar ciertos tipos fijos y un tipo variable sobre un importe nominal y durante el periodo de duración pactado para la operación siempre y cuando el tipo variable de referencia no supere la barrera aplicable, en cuyo caso tanto el cliente como el banco se intercambiarán importes variables en aquellos periodos de cálculo que corresponda, todo ello en las condiciones señaladas [...]".* Que los importes nominales, utilizados sólo a los solos efectos de efectuar el cálculo, eran, respectivamente, de un millón ochocientos tres mil euros (1.803.000 #) y de setecientos cuarenta y nueve mil euros (749.000 #). Que los vencimientos se convinieron para el diecinueve de febrero de dos mil siete. Que, según la cláusula segunda de los contratos, *" el plazo pactado para la operación tendrá carácter de término esencial por lo que no podrá prorrogarse a su vencimiento ni cancelarse anticipadamente [...].* Que, pese a ello, antes de la fecha de vencimiento de ambos contratos, Banco Español de Crédito, SA propuso a su cliente cancelarlos y sustituirlos por otros, sin informarle previamente de los riesgos y costes reales de la operación. Que celebró seguidamente con Banco Español de Crédito, SA los referidos dos nuevos contratos, con fecha de ocho de marzo de dos mil cinco, pactando en ambos como día de inicio de las operaciones el siguiente al de la celebración y como día de vencimiento el diez de marzo de dos mil ocho. Que la operación financiera se refería a unos importes nominales iguales a los establecidos en los contratos sustituidos, esto es, un millón ochocientos tres mil euros (1.803.000 #) y setecientos cuarenta y nueve mil euros (749.000 #), respectivamente. Que ninguna razón motivada ni notificada en forma previa y, menos, documentalmente, podía demostrar la entidad demandada para explicar esa cancelación anticipada.

Añadió que, a pesar de que los contratos referidos habían sido cancelados, el once de septiembre de dos mil seis, Banco Español de Crédito, SA le había aplicado dos cargos en su cuenta, por importe de nueve

mil trescientos tres euros con ocho euros (9.303,08 #) y de veintidós mil trescientos noventa y cuatro euros, con cuarenta y seis céntimos (22.394,46 #), los cuales parecían corresponder a las liquidaciones de los contratos cancelados. Que, por ese motivo requirió a Banco Español de Crédito, SA, el trece de septiembre de dos mil seis, como demostraba el documento número 4. Que, al no ver atendida su reclamación, formuló denuncia ante Banco de España, respecto de la actuación de Banco Español de Crédito, SA y los cargos que consideraba improcedentes. Que dicho organismo remitió su reclamación a Comisión Nacional del Mercado de Valores, por considerar que era la entidad competente. Que Comisión Nacional del Mercado de Valores dictó resolución sobre su reclamación el veintisiete de diciembre de dos mil siete, en la que declaró (4.3) que " desde el punto de vista formal [...] el procedimiento de contratación de la permuta financiera no era adecuado, ya que, con independencia de que la firma de la orden de contratación suponía el encargo inequívoco por parte del cliente, el hecho de que se procediese a la contratación del producto en base a un documento provisional o no definitivo no puede considerarse correcta, puesto que generó una apariencia de interinidad que, en ningún caso, pueden concurrir en un acto de contratación "; (4.5) que " la cancelación anticipada [...] no estaba prevista en su clausulado ", de modo que " en consecuencia, ante cualquier solicitud de vencimiento anticipado, Comisión Nacional del Mercado de Valores considera que Banesto debería haberle advertido de esta circunstancia [...] ". Que Comisión Nacional del Mercado de Valores concluyó afirmando que hubo una actuación incorrecta de Banco Español de Crédito, SA, en cuanto al procedimiento de contratación del producto, si bien no podía entender que existieran deficiencias informativas y que viciaran de nulidad el contrato, ya que ello no era de su competencia.

Que, con esos antecedentes, ejercitaba en la demanda acción de nulidad de los contratos por utilizar la demandada unos términos inadecuados, produciendo error en la demandante por falta de información suficiente y adecuada; y acción de responsabilidad contractual por incumplimiento de los buenos usos y prácticas bancarias, con indemnización de daños.

Invocó las normas de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, el artículo 5 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, así como la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

Y, en el suplico de la demanda, la representación procesal de Concha y Estrada, SL interesó del Juzgado de Primera Instancia competente una sentencia que " declare que: 1.- Que la entidad Banco Español de Crédito, SA, Banesto, incumplió los buenos usos y prácticas bancarias a que venía obligada con mis patrocinados al no informar debidamente al legal representante de Concha y Estrada, SL, en cuanto al procedimiento de contratación del producto de operaciones financieras referenciado así como respecto al proceso de cancelación anticipada, todo ello al amparo de lo previsto por la resolución de fecha veintisiete de diciembre de dos mil siete, emitida por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. 2.- Que, en consecuencia y ante tal incumplimiento, ha producido a mi patrocinado daños y perjuicios consistentes en: a) La obligación de abonar el importe de los cargos en cuenta que se consideran como no procedentes y a favor de la entidad Banesto a consecuencia de dichas operaciones financieras, ascendientes a la suma de dos cargos en cuenta corriente de nueve mil trescientos tres euros, euros con ocho céntimos (9.303,08 #) y veintidós mil trescientos noventa y cuatro euros con cuarenta y seis céntimos (22.394,46 #). Y, en consecuencia, se condene al banco Banesto: 1.- A estar y pasar por las anteriores declaraciones. 2.- A declarar la nulidad del contrato de los llamados de operaciones financieras suscrito por falta de claridad en su clausulado al utilizar términos inadecuados produciendo error por falta de información suficiente, adecuada, precisa y clara debiendo cesar en esta actividad y no incidir en lo sucesivo en la misma y en conjunción la acción de responsabilidad contractual del artículo 1101 del código civil y concordantes, e indemnización por los daños y perjuicios irrogados por la entidad demandada a mi patrocinado por estar relacionados, condenando a devolver las cantidades que se hayan cobrado indebidamente durante la vigencia del contrato, que ascienden, sin perjuicio ulterior liquidación a nueve mil trescientos tres euros, euros con ocho céntimos (9.303,08 #) y veintidós mil trescientos noventa y cuatro euros con cuarenta y seis céntimos (22.394,46 #), respectivamente. 3.- Abonar al demandante el importe de los intereses devengados. 4.- Todo ello con imposición de las costas a la parte contraria, con las salvedades en su caso, no obstante previstas en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, todo ello sea dicho a los legales efectos que resulten procedentes ".

**SEGUNDO.** La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia número Seis de Oviedo, que, por providencia de veinticuatro de junio de dos mil ocho, mandó oír al Fiscal y a la demandante sobre su competencia, objetiva y territorial y, por auto de veintidós de julio del mismo año, declaró que carecía de competencia objetiva, al corresponder el conocimiento del asunto a los Juzgados de lo Mercantil de Oviedo.

La representación procesal de Concha y Estrada, SL, interpuso recurso de apelación contra dicho auto, por escrito de ocho de octubre de dos mil ocho, el cual fue estimado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, mediante auto de nueve de enero de dos mil nueve, con declaración de la competencia del Juzgado de Primera Instancia número Seis de Oviedo.

Devueltas las actuaciones, por auto de dos de febrero de dos mil nueve, el Juzgado de Primera Instancia número Seis de Oviedo admitió a trámite la demanda, conforme a las reglas del juicio ordinario, con el número 696/08.

Banco Español de Crédito, SA fue emplazada y se personó en las actuaciones, representada por el Procurador de los Tribunales don Luis de Miguel Bueres Fernández, el cual, en desempeño de tal representación, contestó la demanda.

En el escrito de contestación, la representación procesal de Banco Español de Crédito, SA alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que, efectivamente, celebró los contratos con la demandante los días veinte y veintisiete de febrero de dos mil cuatro. Que, conforme a lo pactado, se practicaron las dos primeras liquidaciones semestrales, previstas en uno de ellos, y cuatro trimestrales, previstas en el otro, las cuales arrojaron un resultado favorable a la demandante - setecientos treinta euros con ochenta y dos céntimos (730,82 #) y mil seis euros, con ochenta y dos céntimos (1006,82 #), las primeras, y setecientos cuarenta y ocho euros, con veinticinco céntimos (748,25 #), ocho cientos setenta y cinco euros, con cuarenta y cinco céntimos (875,45 #), novecientos ochenta y un euros, con cuarenta y tres céntimos (981,43 #) y mil doscientos ochenta y nueve euros, con noventa y cinco céntimos (1289,95 #), las segundas -, las cuales fueron puntualmente abonadas, sin protesta, en la cuenta de Concha y Estrada, SL. Que no hubo más liquidaciones porque los contratos fueron cancelados anticipadamente.

Que, en el mes de marzo de dos mil cinco Concha y Estrada, SL consideró más conveniente modificar las condiciones de los contratos vigentes y solicitó al banco la cancelación anticipada de los mismos y la celebración de otros, lo que efectivamente decidieron de mutuo acuerdo y por haber interesado a ambas.

Que, a tal efecto, la demandante le cursó las correspondientes órdenes de cancelación y contratación, las cuales aportaba como documentos números 4 y 5. Que se celebraron los nuevos contratos el ocho de marzo de dos mil cinco, firmados en todas sus hojas y por los mismos importes nominales que los convenidos en los cancelados y sustituidos, esto es, setecientos cuarenta y nueve mil euros (749.000 #) y un millón ochocientos tres mil euros (1.803.000 #), con fecha de inicio, ambas, el nueve de marzo de dos mil cinco y de vencimiento el diez de marzo de dos mil ocho.

Que en los dos contratos se hizo constar la capacidad, entendimiento e iniciativa de la entidad demandante. Que, además, en la página 11 del documento, constaba la expresa mención de que la misma era consciente del riesgo de la operación, con la firma de las partes. Que no hubo, realmente, inversión monetaria, sino que los valores se pactaron a los solos efectos de permitir el cálculo del tipo de interés. Que se establecieron dos o más posicionamientos - importes fijos I, importes fijos II e Importes variables -, de modo que la demandante tenía que pagar la resultante de aplicar a las cantidades dichas los importes fijos I y II; mientras que debía el banco aplicar el importe variable I. Que, en resumen, *" el cliente apostó porque el Euribor a doce meses no iba a subir durante estos años o que, al menos, no iba a hacerlo más del 3,10% antes de marzo de 2006, más el 3,40% antes de marzo de 2007 y más del 3,60% antes de marzo de 2008 en que finaliza el contrato "*, lo que quiere *"decir que si, dentro de cada uno de los periodos de cálculo, el Euribor a doce meses se mantuviera dentro de cada uno de los límites establecidos para cada uno de ellos, el cliente satisfaría al banco el tipo fijo acordado (el 2,15% para cada uno de los dos primeros semestres, el 2,65 para los dos siguientes y el 3,15 para los dos últimos), mientras que si no se mantuviera dentro de tales límites tendría que abonar el tipo del 4,15% recibiendo del banco en todos los casos una retribución calculada aplicando el Euribor a seis meses que rigiera al inicio de cada periodo "*.

Añadió que se trataba de una operativa fácilmente comprensible y que fue ordenada por la demandante, mientras que el banco se limitó a cumplir sus órdenes. Que se habían venido practicando las liquidaciones sin incidencia, ya que la demandante había recibido los rendimientos obtenidos por ella. Que las únicas operaciones anticipadamente canceladas fueron las correspondientes a los contratos de veinte y veintisiete de febrero de dos mil cuatro, actuando el banco en cumplimiento de las órdenes de su cliente. Que la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores reafirmaba sus alegaciones.

En el suplico del escrito de contestación la representación procesal de Banco Español de Crédito, SA interesó del Juzgado de Primera Instancia número Seis de Oviedo *" [...] una sentencia por la que se*

*desestime íntegramente la demanda formulada contra mi mandante Banco Español de Crédito, SA, con expresa imposición de costas a la entidad actora ".*

**TERCERO.** Celebrados los actos de audiencia previa y del juicio, practicada la prueba que, propuesta, había sido admitida, el Juzgado de Primera Instancia número Seis de Oviedo dictó sentencia con fecha nueve de julio de dos mil nueve , con la siguiente parte dispositiva: "*Fallo. Que desestimado íntegramente la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Sr. Luis Alberto Prado García, en la representación que tiene encomendada, se absuelve a la entidad demandada de todos los pedimentos interesados en su contra. Las costas procesales se imponen a la parte demandante ".*

**CUARTO.** La representación procesal de Concha y Estrada, SL recurrió en apelación la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Seis de Oviedo de nueve de julio de dos mil nueve .

Cumplidos los trámites, las actuaciones se elevaron a la Audiencia Provincial de Oviedo, en la que se turnaron a la Sección Quinta de la misma, que tramitó el recurso de apelación con el número 508/2009 y dictó sentencia el veintisiete de enero de dos mil diez , con la siguiente parte dispositiva: "*Fallo. Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Concha y Estrada, SL, contra la sentencia dictada en fecha nueve de julio de dos mil nueve por el Ilmo. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Seis de Oviedo, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se revoca y, en su lugar, dictamos otra por la que se estima parcialmente la demanda formulada por Concha y Estrada, SL, y declaramos la nulidad de los sendos contratos de permuta financiera suscritos por las partes el ocho de marzo de dos mil cinco, con sus consecuentes efectos restitutorios desestimándola en lo demás. Sin que proceda expreso pronunciamiento respecto de las costas de la instancia ni de esta alzada ".*

**QUINTO.** La representación procesal de Banco Español de Crédito, SA preparó e interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo de veintisiete de enero de dos mil diez .

El mencionado Tribunal de apelación, por providencia de seis de octubre de dos mil diez, mandó elevar las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, la cual, por auto de uno de febrero de dos mil once , decidió: "*Admitir el recurso de casación formalizado por la representación procesal de la mercantil Banco Español de Crédito, SA (Banesto) contra la sentencia dictada, con fecha veintisiete de enero de dos mil diez, por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección Quinta), en el rollo de apelación número 508/2009, dimanante de los autos de juicio ordinario número 696/2008 del Juzgado de Primera Instancia número Seis de Oviedo ".*

**SEXTO.** El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Banco Español de Crédito, SA contra la sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo de veintisiete de enero de dos mil diez , se compone de dos motivos, en los que la recurrente, con apoyo en la norma del ordinal segundo del apartado 2 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , denuncia:

**PRIMERO .** La infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil , en relación con el artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio , de marcado de valores, y con el Real Decreto 629/1993 y la jurisprudencia que los interpreta.

**SEGUNDO .** La infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil y de la jurisprudencia que los interpreta.

**SÉPTIMO.** Evacuado el traslado conferido al respecto, la Procurador doña María Dolores de la Plata Corbacho en nombre y representación de Concha y Estrada, SL, impugnó el recurso, solicitando se declarase no haber lugar al mismo.

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

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Breve resumen de los antecedentes.

Concha Estrada, SL y Banco Español de Crédito, SA celebraron, el ocho de marzo de dos mil cinco, dos contratos por virtud de los que ambas partes quedaron obligadas a "*intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar ciertos tipos fijos y un tipo variable sobre un importe nominal, durante el periodo de duración pactado para la operación " , en las condiciones establecidas de mutuo acuerdo - fechas de inicio y vencimiento, periodos de cálculo y fechas de pago -.*

Ambos contratos vinieron a sustituir a otros dos, de igual contenido, que habían estado en funcionamiento desde hacía un año y quedaron anticipadamente extinguidos por voluntad de las partes.

Ha de indicarse, para poner de relieve el significado meramente especulativo de la operación, que el importe nominal de los capitales convenidos en los contratos de dos mil cinco - al igual que había sucedido en los del año anterior -, esto es, un millón ochocientos tres mil euros (1.803.000 #), en uno, y setecientos cuarenta y nueve mil euros (749.000 #), en el otro, constituyeron, por voluntad de las partes, una mera referencia contable sólo tomada en consideración para el cálculo de los intereses durante la vigencia de las relaciones contractuales.

Con esos antecedentes, Concha y Estrada, SL, disconforme con el resultado económico de los contratos - en particular, con dos cargos aplicados a su cuenta por Banco Español de Crédito, SA, causados en la liquidación de los cancelados y sustituidos - dedujo diversas pretensiones referidas a las denominadas " *permutas financieras de tipos de interés con tipo fijo creciente en rango* " perfeccionadas en el año dos mil cinco. No obstante, la falta de precisión del contenido del escrito, determinó al Tribunal de apelación, como antes había hecho el Juzgado de Primera Instancia, a interpretarlo y a declarar que la cuestión litigiosa planteada por la demandante consistía, exclusivamente, en decidir si debían ser anulados los dos contratos, por haber prestado la demandante el consentimiento viciado por error, y, en su caso, en determinar las consecuencias del éxito de la pretendida anulación.

Ese dilema lo resolvió el Juzgado de Primera Instancia con una sentencia desestimatoria de la demanda. Por el contrario, la Audiencia Provincial estimó la pretensión reproducida, como apelante, por Concha y Estrada, SL y anuló los contratos, con la condena de Banco Español de Crédito, SA a la restitución de lo percibido con causa en ellos.

Contra la sentencia de apelación interpuso Banco Español de Crédito, SA recurso de casación, por dos motivos.

#### **SEGUNDO. Las razones de la decisión estimatoria del Tribunal de apelación y su influencia en la delimitación del ámbito objetivo de la casación.**

I. La Audiencia Provincial localizó el error vicio padecido por Concha Estrada, SL - en el sentido de formación de su voluntad defectuosamente a causa de un conocimiento equivocado o un desconocimiento de la realidad - en una creencia inexacta sobre los resultados económicos de los contratos.

En concreto, declaró que la causa del error fue la insuficiente información suministrada por Banco Español de Crédito, SA sobre dichas consecuencias. Así, en su fundamento de derecho séptimo, la sentencia recurrida puso de manifiesto cuál era la información que hubiera resultado relevante para Concha y Estrada, SL y fue omitida por la entidad de crédito: "[...] *la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial* ", única con la que " *el cliente puede valorar con conocimiento de causa si la oferta del banco, en las condiciones de tipos de interés, periodo y cálculo propuestas, satisface o no a su interés* ".

No negó el Tribunal de apelación que Banco Español de Crédito, SA hubiera informado al respecto a su cliente, pero sí que los datos suministrados fueran suficientes. Según se afirma en la sentencia recurrida estos se limitaron " *a las advertencias que se contienen al final del anexo de cada contrato y éstas son insuficientes, pues se reducen a ilustrar sobre lo obvio, esto es, [...] que se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable [o] que el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente, según fluctuación de dicho tipo referencial* ".

Concluyó el Tribunal de apelación su exposición con una identificación de la materia a la que el error se refería: el cambio de circunstancias acaecido " *en el segundo semestre del año dos mil seis* ", en que el euribor " *sufrió una fluctuación al alza que motivó los desproporcionados resultados negativos sufridos por el recurrente* ".

II. A esa argumentación, la entidad de crédito recurrente opuso - con ocasión de explicar la razón del segundo de los motivos de su recurso - que la Audiencia Provincial había equiparado el defecto de información - que, en el motivo primero, por su parte, negó tajantemente - con la existencia de un error en el consentimiento.

Tal reproche es cierto en el doble sentido. Por un lado, la sentencia recurrida no contiene datos - que no sean generales sobre los requisitos del error para invalidar el contrato -, al margen del señalado defecto de información adecuada, que permitan identificar, en su esencia y requisitos, la anómala formación de la voluntad de Concha y Estrada, SL en el momento de contratar.

Por otro lado, aunque en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba, no es correcta una equiparación, sin matices, entre uno y otro, al menos en términos absolutos.

A ello hay que añadir - aunque sólo sea a modo de explicación de que iniciemos el examen del recurso por el motivo segundo, referido al error - que lo que en la demanda se pretendió - según la interpretación judicial, aceptada por los litigantes - fue la anulación de los contratos litigiosos por la concurrencia del repetido vicio, no la declaración de nulidad por la supuesta infracción de normas imperativas relativas a la información que debía proporcionar la entidad de crédito a su cliente; ni la declaración de una ineficacia sobrevenida de los contratos por la desaparición *ex post* de sus causas concretas por una alteración de las circunstancias tomadas en consideración como base del resultado empírico perseguido por ambas partes con ellos.

III. Como en el motivo segundo del recurso de casación se niega la existencia del error - afirmada, en los términos dichos, por el Tribunal de apelación - hay que iniciar su examen destacando que, si la determinación de los hechos en los que, en la sentencia recurrida, se basa 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 del supuesto fáctico - sentencias de 18 de febrero de 1985 , 4 de diciembre de 1985 , 1200/1994, de 30 de diciembre , 295/2004, de 29 de marzo , 695/2010 , de 12 de noviembre, entre otras muchas -.

Como pusimos de manifiesto, entre otras, en la sentencia 532/2008, de 18 de julio , 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 el precepto del 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 aplicar juicios de valor que aportan criterios adecuados para la subsunción de los hechos probados en el concepto jurídico previsto en la norma, cuyo control no queda fuera de la casación.

#### **TERCERO. Enunciado y fundamentos del segundo de los motivos del recurso.**

Denuncia Banco Español de Crédito, SA la infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil y de la jurisprudencia que los interpreta, al haber atribuido la sentencia recurrida efecto invalidante de los contratos a un error en el que consentimiento que no reunía los requisitos exigidos para ello.

Alega la recurrente que el Tribunal de apelación se había limitado a exponer, con un razonamiento puramente teórico, cuales eran los requisitos del error, sin determinar, en relación con las circunstancias del caso, en que consistió y cual fue su objeto o materia. Añadió, como se expuso, que dicho Tribunal había equiparado el defecto de información - inexistente, por lo que expuso en el primer motivo - al error vicio, lo que consideraba improcedente al tratarse de dos patologías contractuales diferentes, en su contenido y alcance.

Añade que el Tribunal de apelación no había tenido en cuenta que el error sólo invalida el contrato si la ignorancia o equivocación determinante de la voluntad negocial se produjo en el momento de su perfección, no si recae sobre una variación de los hechos posterior a la mera prestación del consentimiento - como sería una brusca evolución de los tipos de interés producida varios meses después de la firma de las correspondientes pólizas -.

Por último y para el caso de que se entendiera producido el error, negó la recurrente que fuera esencial y excusable y que hubiera determinado causalmente la celebración de los contratos.

#### **CUARTO. Consideraciones generales sobre el error vicio.**

Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma 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 sirve de presupuesto para la realización del contrato es 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 pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo 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 -.

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

II. 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 la cosa 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 -. Además el error ha de 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.

III. 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 le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, 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 un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

IV. 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 con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

V. Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta 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 de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia.

VI. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, 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, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

#### **QUINTO. Aplicación de la expuesta doctrina a las circunstancias que identifican el litigio.**

Como quedó señalado al principio, Concha y Estrada, SL y Banco Español de Crédito, SA celebraron dos contratos en sustitución de otros que habían tenido normal funcionamiento desde un año antes. Por virtud de todos ellos y, en particular, de los últimamente vigentes, cada una había quedado obligada a entregar a la otra, en los términos pactados, sumas de dinero determinables según unos parámetros objetivos - futuros aumentos o disminuciones de los tipos de interés -, sobre un capital utilizado como mera referencia contable, invariable durante todo el funcionamiento de las relaciones contractuales.

Por virtud de dichos contratos las partes debían ejecutar unas prestaciones inicialmente determinables, pero cuya determinación quedó sujeta a factores básicamente aleatorios, dada la inestabilidad del índice de referencia utilizado. Cabe decir que la operación financiera, en su conjunto, tuvo un carácter puramente especulativo, en el sentido etimológico de realizada con la esperanza de obtener beneficios basada en las variaciones de los índices utilizados.

De esa naturaleza de la operación tuvo conocimiento la demandante, no sólo por resultar así de los trazos fundamentales de la reglamentación pactada, sino, también, porque fue expresamente informada por la entidad de crédito en lo esencial de los riesgos, tal como consta declarado en la propia sentencia recurrida.

También se dijo que, en dicha resolución se declaró producido un error por omisión de información referida a la fluctuación al alza que sufrió el Euribor en el segundo semestre del año dos mil seis, más de un año después de celebrados los contratos litigiosos.

Sin embargo, no se aportan datos que permitan entender imputada a Banco Español de Crédito, SA una ocultación maliciosa de tal información, en cuyo caso debería hablarse de dolo omisivo - sentencias de 21 de junio de 1978 , 26 de octubre de 1981 , 18 de julio de 1988 , 27 de marzo de 1989 , 9 de julio de 1985 , 18 de julio de 1988 , 28 de noviembre de 1989 , 27 de septiembre de 1990 , 11 de mayo de 1993 , 29 de marzo de 1994 , 31 de diciembre de 1998 , 569/2003, de 11 de junio , 1279/2006, de 11 de diciembre , 747/2007, de 3 de julio , 233/2009, de 26 de marzo , 289/2009, de 5 de mayo , 30/2010, de 16 de febrero , 129/2010 , de 5 de marzo, entre otras muchas - que, al consistir en un error provocado por una de las contratantes, excedería, en la parte correspondiente, del ámbito objetivo de la controversia que había fijado el Tribunal de apelación en los fundamentos jurídicos de su demanda.

Tampoco se argumenta en la sentencia recurrida sobre la influencia que pudiera haber tenido, en la correcta generación de una operación impulsada por la común voluntad de que el aleas cumpliera un papel determinante de los resultados económicos, el desconocimiento de una futura mutación de las condiciones existentes al contratar, siendo que lo normal es que la incertidumbre excluya la posibilidad de una presuposición razonablemente segura, sustituida por la lógica asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida contrapuesto a la esperanza de ganancia.

Por último, no se expresa en la repetida sentencia, al menos con la claridad precisa para entender bien anulado un contrato, que el error supuestamente sufrido por Concha y Estrada, SL sobre la fluctuación al alza del Euribor en el segundo semestre del año dos mil seis fuera contradictorio con la reglamentación creada con la perfección o génesis de los contratos .

En conclusión, con los hechos declarados probados en la sentencia recurrida no hay base para, aplicando los juicios de valor pertinentes, anular por error los litigiosos contratos.

#### **SEXTO. Desestimación del recurso y régimen de las costas.**

Por lo expuesto, esto es, por no resultar de lo actuado que Concha y Estrada, SL hubiera sufrido un error invalidante de los litigiosos contratos, procede estimar el recurso de casación y desestimar el de apelación interpuesto, en su día, por dicha sociedad contra la sentencia de primera instancia, desestimatoria de la demanda.

No se considera necesario examinar el primero de los motivos - que hubiera sido determinante de haberse ejercitado en la demanda una acción distinta de la enjuiciada -.

Sobre las costas del recurso de casación no procede que formulamos un especial pronunciamiento de condena, en aplicación de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Respecto de las costas de la segunda instancia, el segundo de los argumentos contenidos en el fundamento de derecho octavo de la sentencia recurrida justifica que, en relación con el recurso extraordinario, el pronunciamiento sea el mismo que el emitido por el Tribunal de apelación.

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

#### **FALLAMOS**

Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por Banco Español de Crédito, SA contra la sentencia dictada, con fecha veintisiete de enero de dos mil diez, por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo .

Casamos y anulamos la sentencia recurrida y, en su lugar, declaramos no haber lugar a estimar el recurso de apelación interpuesto, por Concha y Estrada, SL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Seis de Oviedo, el nueve de julio de dos mil nueve , en el juicio ordinario número 696/2008.

No formulamos pronunciamiento condenatorio al pago de las costas causadas con los recursos de apelación y de casación.

Líbrense 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 .-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.-Ignacio Sancho Gargallo.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Ramon Ferrandiz 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.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ