

## EL TS PONE COTO A LOS ESPECULADORES QUE LITIGAN SOBRE INSTRUMENTOS FINANCIEROS DERIVADOS

*Dra. Karolina Lyczkowska*  
*Professional Support Lawyer en DLA Piper Spain*  
*Centro de Estudios de Consumo*

*Fecha de publicación: 4 de diciembre de 2013*

El Tribunal Supremo en su sentencia 626/2013, de 29 octubre 2013, acoge el recurso del Banco Santander contra la sentencia de la AP que anuló un swap por concurrencia del error. Al igual que en su sentencia de 21 noviembre 2012 (RJ 2012\11052), el Alto Tribunal no aprecia un vicio de consentimiento en el contrato de permuta de intereses y señala que los requisitos de la existencia del error deben ser objeto de una interpretación restrictiva y rigurosa.

Los hechos del caso son los siguientes. Una sociedad mercantil dedicada a la ejecución y promoción de obras suscribe con el Banco Santander (BS) un contrato marco de operaciones financieras y dentro del mismo, un swap o permuta de intereses, con la duración de cinco años. Las dos primeras liquidaciones anuales fueron favorables a la mercantil, pero en el tercer año el saldo final resultó favorable al banco. Es cuando la mercantil se percató de que "fue engañada" por el BS y le demanda, pidiendo la nulidad del contrato por error. Su pretensión prospera en las dos instancias.

El Alto Tribunal rotundamente concluye que la apreciación del error en este caso es improcedente y que, en cualquier caso, el respeto a la elemental regla del Derecho - *pacta sunt servanda* - y la seguridad jurídica imponen que los criterios de concurrencia del error contractual deban ser interpretados con rigor. La sentencia indica también que un posible defecto de información por parte del BS sobre la operación celebrada no puede servir de base para apreciar automáticamente el error, pues es posible que la voluntad de la demandante se haya formado correctamente a pesar de ello.

En cuanto a los requisitos de la apreciación del error, el TS señala que a estos efectos, es importante distinguir entre los móviles personales de cada uno de los contratantes y la causa del contrato, de forma que cuando dichos móviles o percepciones personales no se objetivan

y no se elevan a la causa del contrato, el error sobre ellos resulta irrelevante. En estos casos, quien contrata soporta el riesgo de que sean acertadas o no las representaciones que se hizo sobre las circunstancias del contrato y de su desarrollo futuro. Además, el error exige que la representación equivocada se muestre como *razonablemente segura* para quien la efectuó, y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias. Recordemos que en el caso de la sentencia se trataba de una permuta de intereses cuya principal característica es la incertidumbre no sólo del saldo resultante en cada liquidación, sino también de quién resultará el deudor y quién el acreedor de dicho saldo. Por tanto, el TS señala que no cabe sostener que exista error cuando el funcionamiento del contrato se proyecte sobre el futuro con un importante componente de aleatoriedad, dado que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida correlativo a la esperanza de una ganancia.

Para llegar a esta conclusión el TS tiene en cuenta también que la demandante es una sociedad con amplia experiencia en el mercado y es difícil considerar que pudiese sufrir un error excusable a la hora de contratar el *swap* objeto del juicio. También subraya que no puede dejar de ser relevante el hecho de que la demandante hubiera considerado válido el contrato cuando los resultados de las liquidaciones le fueron favorables o, al menos, no le fueron perjudiciales, y que lo impugnara justo cuando le abandonó la suerte.

En cualquier caso, las consideraciones generales sobre la necesidad de respetar las reglas elementales del Derecho privado como es el principio de *pacta sunt servanda*, la excepcionalidad de la anulación del contrato por error y la relevancia de la naturaleza determinable y aleatoria de las prestaciones del contrato son de crucial importancia y son perfectamente extrapolables a otros casos similares. Esperemos que las Audiencias Provinciales y los Juzgados de Primera Instancia, tan generosos últimamente en la anulación por error de los contratos financieros de diversa índole, tengan en cuenta estas reglas jurídicas básicas indicadas el TS. Al fin y al cabo, cuando cada parte asume un riesgo de pérdida correlativo a la esperanza de obtener una ganancia, la evolución de las circunstancias en perjuicio de los intereses de una de las partes se encuadra en el marco del riesgo de la operación contractual y no puede desplazarse por vía de error.