



Roj: **STS 2599/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2599**

Id Cendoj: **28079110012016100366**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/06/2016**

Nº de Recurso: **171/2013**

Nº de Resolución: **358/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BU 1147/2012,**  
**STS 2599/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 1 de junio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Burgos, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Burgos. El recurso fue interpuesto por las entidades las entidades Mobart 2 S.A., Eurobarmor S.L., Crismora S.L., Baher 93 S.L., Construcciones Lorenzo Bartolomé S.A., Mobart 2 Construcciones S.L. y Onage Promociones e Inversiones, S.L., representadas por el procurador Jesús Jenaro Tejada. Es parte recurrida la entidad Bankinter S.A., representada por la procuradora Rocío Sampere Meneses.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO.- Tramitación en primera instancia**

1.- La procuradora Beatriz Domínguez Cuesta, en nombre y representación de las entidades Mobart 2 S.A., Eurobarmor S.L., Crismora S.L., Baher 93 S.L., Construcciones Lorenzo Bartolomé S.A., Mobart 2 Construcciones S.L. y Onage P.E.I., S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Burgos, contra la entidad Bankinter S.A., para que se dictase sentencia:

«por la que, con expreso acogimiento de los argumentos expuestos:

»1º) Declare la nulidad de los contratos Clip 06-3.3, Clip actualizado 06-3.3 y Clip Almanzor suscritos entre las partes litigantes, por manifiesto vicio en el consentimiento prestado por la actora y la absoluta indeterminación del objeto del contrato, en virtud de ello se proceda a la restitución por ambas partes de los rendimientos obtenidos, en aplicación del art. 1303 del C.C .

»2º) Subsidiariamente, y para el caso de que el anterior pedimento no fuera acogido, declare la anulabilidad de los contratos Clip 06-3.3, Clip actualizado 06-3.3 y Clip Almanzor suscritos entre las partes litigantes, por manifiesto vicio en el consentimiento prestado por la actora y la absoluta indeterminación del objeto del contrato, en virtud de ello se proceda a la restitución por ambas partes de los rendimientos obtenidos, en aplicación del art. 1.303 del C.C .

»3º) Subsidiariamente a las anteriores peticiones, y para el caso de que ninguna de las dos sean acogidas, declare la cancelación anticipada de los contratos Clip actualizado 06-3.3 y Clip Almanzor sin coste alguno para mis representados, por los argumentos ya expuestos.



»4º) Y subsidiariamente a todos los pedimentos anteriores, y solo para el caso de que ninguno de ellos sea acogido, y por lo tanto se entienda que los contratos objeto de esta demanda son válidos, solo en ese caso, se declare la obligación de Bankinter de abonar a mis representados lo que en aplicación de la fórmula de cancelación les hubiera correspondido cuando se cancelaron los primeros contratos en noviembre de 2007, según los cálculos que deberá aportar Bankinter. En este sentido, hacemos expresa declaración de que esta parte entiende que tal abono no se debe producir puesto que sostenemos la nulidad o anulabilidad de los contratos, y por lo tanto de todo lo que de ellos se derive, por lo que no deben dar lugar a coste de cancelación alguno por todo lo ya expuesto, pero solo para el supuesto de que estas pretensiones no sea acogidas, y de que mis mandantes tengan que cumplir escrupulosamente con los contratos, solo en ese caso, Bankinter deberá hacer exactamente lo mismo, abonando la cantidad que en su momento hubiera correspondido.

»Y todo ello con expresa condena a la demandada de las costas causadas en el presente juicio».

**2.-** El procurador Fernando Santamaría Alcalde, en representación de la entidad Bankinter, S.A., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

«por la que acuerde desestimar íntegramente la demanda, todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora».

**3.-** El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Burgos dictó Sentencia con fecha 9 de junio de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Debo de desestimar y desestimo, la demanda presentada por la Procuradora Sra. Domínguez Cuesta, en nombre y representación de las entidades mercantiles Mobart 2 S.A., Eurobarmor S.L., Crismora S.L., Baher 93 S.L., Construcciones Lorenzo Bartolomé S.A., Mobart 2 Construcciones S.L. y Onage P.E.I., S.L., contra la también mercantil Bankinter S.L., representada por el Procurador Sr. Santamaría Alcalde y en consecuencia debo de absolver y absuelvo a la expresada demandada Bankinter, S.A., de las pretensiones contra ella deducidas, sin hacer mención en cuanto a las costas causadas, debiendo de pagar cada parte sus costas y las comunes por mitad».

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*

**1.-** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de las entidades Mobart 2 S.A., Eurobarmor S.L., Crismora S.L., Baher 93 S.L., Construcciones Lorenzo Bartolomé S.A., Mobart 2 Construcciones S.L. y Onage P.E.I., S.L.

**2.-** La resolución de este recurso correspondió a la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Burgos, mediante Sentencia de 17 de octubre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLO: Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dª. Beatriz Domínguez Cuesta, en nombre y representación de Mobart 2 S.A., Eurobarmor S.L., Crismora S.L., Baher 93 S.L., Construcciones Lorenzo Bartolomé S.A., Mobart 2 Construcciones S.L. y Onage Promociones e Inversiones, S.L. contra la Sentencia de fecha 9 de junio de 2011 dictado por la Ilma. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Burgos en los autos de Juicio Ordinario nº 571/2010 y con estimación parcial de la demanda procede realizar las siguientes declaraciones y condenas:

»1ª.- Se desestiman los puntos 1º, 2º y 3º del suplico de la demanda.

»2ª.- Se estima el punto 4º del suplico de la demanda y se declara la obligación de Bankinter de abonar a la parte actora lo que en aplicación de la fórmula de cancelación les hubiera correspondido cuando se cancelaron los primeros contratos en Noviembre de 2007, según los cálculos que deberá aportar Bankinter a la parte demandante.

»3ª.- Todo ello sin expresa imposición de costas en ninguna de las instancias del proceso.».

#### **TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso de casación*

**1.-** La procuradora Beatriz Domínguez Cuesta, en representación de las entidades Mobart 2 S.A., Eurobarmor S.L., Crismora S.L., Baher 93 S.L., Construcciones Lorenzo Bartolomé S.A., Mobart 2 Construcciones S.L. y Onage Promociones e Inversiones, S.L., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2ª.

Los motivos del recurso de casación fueron:

»1º.- Infracción de los arts. 1261.2º y 1273 del Código Civil .

»2º.- Infracción del art. 1256 del Código Civil .

»3º.- Infracción de los arts. 1265 , 1269 y 1270 del Código Civil .



»4º.- Infracción de la doctrina jurisprudencial sobre los actos propios en relación con el art. 7.1 del Código Civil ».

2.- Por diligencia de ordenación de 18 de enero de 2013, la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3.- Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente las entidades Mobart 2 S.A., Eurobarmor S.L., Crismora S.L., Baher 93 S.L., Construcciones Lorenzo Bartolomé S.A., Mobart 2 Construcciones S.L. y Onage Promociones e Inversiones, S.L., representadas por el procurador Jesús Jenaro Tejada; y como parte recurrida la entidad Bankinter S.A., representada por la procuradora Rocío Sampere Meneses.

4.- Esta Sala dictó Auto de fecha 16 de diciembre de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Mobart 2, S.A., Eurobarmor, S.L., Crismora, S.L., Baher 93, S.L., Construcciones Lorenzo Bartolomé, S.A., Mobart 2 Construcciones, S.L. y Onage Promociones e Inversiones, S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 17 de octubre de 2012, por la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.ª, en el rollo de apelación n.º 385/2011 , dimanante del juicio ordinario n.º 571/2010, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Burgos».

5.- Dado traslado, la representación de la entidad Bankinter, S.A., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de mayo de 2016, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

Las sociedades demandantes (Mobart 2, S.A., Eurobarmor, S.L., Crismora, S.L., Baher 93, S.L., Const. Lorenzo Bartolomé, S.A., Mobart 2 Construcciones, S.L. y Onage Promociones e Inversiones, S.L.) forman parte del mismo grupo empresarial. Con anterioridad a marzo de 2007 habían concertado permutas financieras con Banco Santander por un importe total aproximado de 60 millones de euros.

A instancia de un empleado de Bankinter, Sr. Amador , quien les ofreció un producto más ventajoso, cancelaron estas permutas financieras con el Banco Santander y concertaron otras nuevas con Bankinter. La cancelación de las permutas financieras del Banco Santander conllevó un coste de 600.000 euros, respecto de una de ellas, sin que la cancelación de la otra hubiera devengado coste alguno para el cliente, porque se había adquirido con la opción de cancelación a tipo cero

El 6 de marzo de 2007, cada una de las entidades Mobart 2, S.A., Eurobarmor, S.L., Crismora, S.L., Baher 93, S.L., Const. Lorenzo Bartolomé, S.A. y Mobart 2 Construcciones, S.L. concertó con Bankinter un contrato denominado Clip Bankinter 06 3.3. Se trataba de un contrato de permuta financiera (swap) de tipos de interés, cuya fecha de inicio era el 14 de marzo de 2006 y la de vencimiento el 14 de septiembre de 2009. La primera liquidación debía realizarse el 14 de junio de 2006 y la última el 14 de septiembre de 2009. El nocional cambiaba en cada contrato: en el caso de Mobart 2, S.A., fue de 5.000.000 euros; en el de Eurobarmor, S.L., de 12.000.000 euros; en el Crismora, S.L., 5.000.000 euros; en el de Baher 93, S.L., 5.000.000 euros; en el de Const. Lorenzo Bartolomé, S.A., 300.000 euros; y en el de Mobart 2 Construcciones, S.L., 1.000.000 euros.

En octubre de 2007, a propuesta de Bankinter, se cancelaron los anteriores contratos y se sustituyeron por otros en los que se contrataba un producto similar, con modificación de sus condiciones. Se denominaba Clip Actualizado Bankinter 06 3.3. La duración del contrato era del 21 de noviembre de 2007 al 23 de mayo de 2011. La cancelación de los swaps concertados en los contratos de 6 de marzo de 2007 no conllevó ningún coste para los clientes. Y las liquidaciones practicadas hasta ese momento habían sido positivas para los clientes.

El 20 de mayo de 2008, Onage Promociones e Inversiones, S.L. concertó otro contrato de permuta financiera, en este caso el denominado Clip Bankinter Almazor, por un nocional de 15.000.000 euros, cuya duración era del 20 de mayo de 2008 al 25 de mayo del 2011.

Al comienzo estos contratos dieron lugar a liquidaciones positivas, hasta que en el año 2009, como consecuencia de una bajada brusca de tipos de interés, las liquidaciones pasaron a ser muy negativas.



Las sociedades demandantes desarrollaban una actividad empresarial con un importante volumen de negocio. Los contratos concertados con Bankinter representaban un 6 ó 7 por ciento de su financiación. Sus representantes, Sres. Gines y Heraclio, estaban acostumbrados a contratar productos de financiación para sus empresas y habían contratado productos similares en otras ocasiones. Los contratos concertados con Bankinter fueron leídos por los representantes de las demandantes, antes de firmarlos, y además habían sido informados de que existía un riesgo de liquidaciones negativas.

Todos estos contratos Clip Bankinter tenían una cláusula que preveía la cancelación anticipada, cuyo tenor literal era el siguiente:

«Condición General 6.-

» - Una vez firmadas las Condiciones Particulares y transcurrido el Período de Comercialización, de tal modo que el producto haya comenzado a desplegar sus efectos, el cliente podrá cancelar anticipadamente un Producto en cualquiera de las fechas especificadas en las condiciones particulares del Producto, denominadas -ventanas de cancelación-. En este caso, el resultado económico de la cancelación vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado por el Cliente.

» - No obstante, si el cliente solicitara anticipada la cancelación del Producto en una fecha no incluida entre las -ventanas de cancelación-, el resultado económico de la misma, que vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la solicitud, podrá verse minorado por el coste o perjuicio que esta cancelación anticipada haya ocasionado al Banco y que éste podrá repercutirle.

» - El Banco podrá resolver este contrato por alguno de los siguientes motivos:

La falta de pago por el Cliente de cualquier cantidad adeudada al Banco derivada de cualquiera de las liquidaciones asociadas a un Producto.

El incumplimiento por parte del Cliente de cualquiera de las obligaciones contraídas con Bankinter o con terceros.

La variación sustancial de las circunstancias que sirvieron de base para la formalización de la operación, o la disminución de la solvencia patrimonial y financiera del cliente por cualquier causa.

» - En todos los casos descritos de esta cláusula, se procederá a la correspondiente liquidación positiva o negativa en la cuenta del Cliente en función de las condiciones existentes en el mercado en el momento en que se produzca la mencionada resolución.

» - Condiciones Particulares.-

» - "Ventanas de cancelación: El cliente podrá solicitar la cancelación anticipada del producto en cualquier momento durante la vigencia del mismo. A tal efecto, Bankinter ofrecerá al cliente una "venta de cancelación" los días 15 de los meses de diciembre, marzo, junio y septiembre de cada año de vigencia del producto, comenzando el 17 de marzo de 2008 y finalizando el 15 de marzo de 2011. Bankinter ofrecerá un precio de cancelación acorde con la situación de mercado en cada una de estas fechas. Tal cancelación anticipada podrá suponer, por parte de Bankinter, deshacer a precios de mercado la cobertura del producto, por lo que Bankinter podrá repercutir al cliente los posibles gastos en que haya podido incurrir como consecuencia de la cancelación anticipada del producto".».

**2.** Las sociedades demandantes, en su demanda, pidieron, en primer lugar, la nulidad de los contratos Clip Bankinter 06-3.3, Clip Actualizado Bankinter 06-3.3 y Clip Almanzor, por haberse concertado con manifiesto vicio en el consentimiento por las demandantes (error vicio y también por dolo, referido a las características y riesgos del producto, así como al coste de la cancelación), y por indeterminación del objeto del contrato. Como consecuencia de la nulidad pedían la restitución por ambas partes de los rendimientos obtenidos.

Con carácter subsidiario a la desestimación de lo anterior, las demandantes pedían la cancelación de los contratos Clip Actualizado Bankinter 06-3.3 y Clip Almanzor sin coste de cancelación.

Y, también de forma subsidiaria, pidieron que se declarara la obligación de Bankinter de abonar a las demandantes lo que en aplicación de la fórmula de cancelación les hubiera correspondido cuando se cancelaron los primeros contratos en noviembre de 2007.

**3.** El juzgado de primera instancia desestimó la demanda. En primer lugar entendió que no había existido error vicio, en atención a la relevancia del volumen de negocio de las sociedades demandantes, la práctica anterior en relación con estos productos financieros y la experiencia de sus administradores. También rechazó que hubiera existido indeterminación del objeto del contrato, así como que las cancelaciones se hicieran a coste



ceros. Y, finalmente, desestimó la pretensión de que Bankinter abonara a las demandantes la liquidación que hubiera correspondido por la cancelación de los primeros contratos de swap, en noviembre de 2007.

**4.** Por su parte, la Audiencia Provincial estima en parte el recurso de las sociedades demandantes.

En primer lugar, desestima la denunciada indeterminación del objeto del contrato. Después de analizar la prueba practicada, concluye:

«el contrato tenía no solo objeto (...), sino una causa definida y explícita, que era gestionar y optimizar los riesgos financieros, como se deriva de su encabezamiento y de su expositivo I, con lo que no se aprecia infracción del art 1274 CC . Igualmente, los contratos tenían una causa lícita que eran las prestaciones recíprocas de las partes, con lo que no se aprecia infracción del art 1275 CC , y esa causa no era otra para la parte impugnante sino obtener un medio de financiación que, además, resultó favorable durante varios años de la vigencia de los contratos».

Luego, a la vista de los importes de los nocionales, la experiencia previa en este tipo de productos, y que, según la prueba practicada, los representantes de las demandantes habían sido informados no sólo de las características del producto, sino también de los riesgos de liquidaciones negativas, y concluye que no existió error vicio en el consentimiento prestado:

«Analizada la prueba obrante en la causa y verificados los alegatos de las partes, el Tribunal obtiene la convicción de que en este caso concreto y por las particularidades que se irán analizando no resultan irrelevantes: ni los montantes de los importes nominales o nocionales a que se referencian los flujos de interés para calcular los pagos y los cargos; ni que todos ellos, tanto los cancelados, como los nuevos, se refieran a importantes cantidades de nominal o nocionales muy elevadas (34 y 26 millones de euros con el Banco de Santander y 43.300.000 ? con Bankinter y que son los nominales de los contratos objeto de esta causa); ni tampoco es irrelevante la experiencia previa de los administradores de las sociedades apelantes en la contratación, cancelación o renovación de estos productos de gestión de riesgos financieros. Estos datos son relevantes, en este caso, por considerarse que si lo que debe de valorarse es la adecuada formación del consentimiento contractual y la posible concurrencia de error en la formación de la voluntad contractual (art. 1261 CCv), no puede obviarse ni la finalidad del producto en el contexto del marco de las necesidades de financiación de las sociedades demandantes; ni los importes nocionales, ni la experiencia previa de la contratación de productos semejantes por parte de los actores.

»Asimismo, debe de indicarse que no se aprecia dolo civil del art 1269 CCV, pues si bien pudo utilizarse en alguna ocasión la palabra cobertura, es lo cierto que, como se ha analizado con detalle en las declaraciones de los firmantes de los contratos y del testigo responsable de las negociaciones previas, ningún apartado del contrato refiere los requisitos de un seguro. Por el contrario, en todo caso, de su prueba se deriva que Bankinter ya había ofrecido el producto varios años antes; que se entregaron a Bankinter los previos contratos con el Banco Santander; que se conocía el nivel de endeudamiento de cada empresa; que habían tenido otros contratos semejantes con Banco Santander y que aun cuando el representante de Bankinter pudo ser insistente en la oferta del producto, ello no supone que no supieran los gestores de la empresas lo que firmaban o que no hubieren sido informados de que existían riesgos en el producto.

»En este sentido, debe de significarse que los actores no contrataron los diversos Swaps, ni aceptaron tan elevados importes nocionales en función de la publicidad del banco o de su página Web, sino que lo hicieron después de mucho tiempo y de varias reuniones con Justiniano ; por lo que no se ha acreditado que hubiera maquinaciones insidiosas para hacer contratar los productos cuya nulidad se pretende y que sin ellas no lo hubieran contratado. Así, ya habían contratado en el año 2005 productos semejantes con Banco Santander por 60.000.000 ? y en el año 2008 volvieron a contratar con Bankinter por 15.000.000 ? y pese a conocer que el escenario de los tipos de interés con previsibles bajadas no era favorable a estos productos, pues, según dicen, así se lo había advertido el Banco Santander y aunque cancelan con Banco Santander, sin embargo contratan con Bankinter al poco tiempo».

La sentencia apelada también rechaza pretensión de cancelación anticipada sin coste de los contratos Clip Actualizado Bankinter 06-3.3 y Clip Almanzor, al tratarse de un desistimiento unilateral del contrato.

Finalmente, estima la pretensión de las demandantes de que Bankinter les abonara lo que en aplicación de la fórmula de cancelación les hubiera correspondido cuando se cancelaron los primeros contratos, en noviembre de 2007.

**5.** La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por las sociedades demandantes, sobre la base de cuatro motivos.

**SEGUNDO.** Recurso de casación



**1. Formulación del motivo primero** . El motivo denuncia la infracción de los arts. 1261.2º y 1273 del Código Civil , acerca del requisito de la determinación del objeto de los contratos. El recurso insiste en que debía haberse apreciado la absoluta indeterminación del objeto del contrato respecto de la cláusula de cancelación anticipada.

Según el recurso, la cláusula que admite la cancelación anticipada, al prever sus efectos, afirma que el resultado económico de la cancelación «vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la cancelación y por el importe nominal contratado por el cliente». También se afirma que «Bankinter ofrecerá un precio de cancelación acorde con la situación de mercado en cada una de esas fechas». Luego, cuando regula la cancelación a instancia del banco, se le faculta para resolver el contrato por «la variación sustancial de las circunstancias que sirvieron de base para la formalización de la operación». Y esta resolución unilateral dará lugar a una liquidación positiva o negativa para el cliente «en función de las condiciones existentes en el mercado en el momento en que se produzca la mencionada resolución».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**2. Desestimación del motivo primero** . El motivo no cuestiona el posible defecto de información respecto del coste de cancelación, sino que, por la indeterminación de este importe, el objeto del contrato carezca de certeza y determinación.

Una cosa es la incidencia que pueda tener el desconocimiento de los riesgos que podrían suponer un coste muy elevado de la cancelación anticipada del swap, que difícilmente puede precisarse al tiempo de firmar el contrato en la cláusula que regula la posibilidad de cancelación anticipada, y otra distinta que esta falta de concreción a la firma del contrato afecte a la exigencia de determinación del objeto del contrato.

El objeto del contrato viene determinado, principalmente, por los elementos o características que configuran la permuta financiera de tipos de interés pactada en cada caso (el notional, los periodos de liquidación, los tipos fijos y variable de referencia...), con arreglo a los cuales se determinan las liquidaciones periódicas. Respecto de ellas no existe duda alguna sobre su determinación en el contrato.

En relación con la facultad de cancelación anticipada a instancia del cliente, que estaba convenida en el contrato (transcrita en el apartado 1 del primer fundamento jurídico), hemos advertido en otras ocasiones que podía llegar a constituir un elemento esencial del contrato, respecto del que, en alguna ocasión, podría darse un error que viciara el consentimiento. Así lo justificamos en la Sentencia 491/2015, de 15 de septiembre y en otras posteriores:

«Cuando un contrato de las características del Swap, que se concierta por un tiempo determinado y tiene ese componente aleatorio, prevé la posible resolución anticipada a instancia de una de las partes, es lógico que para el cliente el coste de la eventual cancelación pueda formar parte de las condiciones o circunstancias que inciden sustancialmente en la causa del negocio. La información que el cliente necesita conocer para representarse de forma adecuada las características del producto (el Swap de intereses que concertaba en cada caso) y sus concretos riesgos, no tiene por qué quedar limitada a la eventual onerosidad de las liquidaciones negativas, sino que también podría alcanzar al coste que le podría suponer al cliente, por ejemplo en un periodo de bajada de intereses, la cancelación del Swap, cuando dicho coste sea muy elevado e imprevisible para el cliente».

Ahora bien, por las propias características del swap, como también advertimos en aquella sentencia 491/2015, de 15 de septiembre , es natural que su coste efectivo de cancelación no pueda precisarse en el momento de la firma del contrato, y que su determinación dependa de eventualidades del mercado:

«Es lógico que el cálculo del coste de cancelación pueda depender de indicadores concretos que no se conocen en el momento de la firma del contrato, y por ello no pueda cifrarse de antemano con detalle, pero cuando menos el banco debía informar sobre los costes aproximados, dependiendo lógicamente de diferentes parámetros, entre ellos el momento en que se solicita la cancelación. El banco no puede informar del coste exacto de cancelación en cada momento de la duración del contrato, pero sí ha de dar una referencia genérica y aproximada, que pueda permitir al cliente hacerse una idea de cuánto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume».

De tal forma que la exigencia de información sobre lo que podría costar la cancelación y el riesgo que se asume podría, en algún caso, incidir en el enjuiciamiento del error vicio, pero su ausencia no conllevaría, como pretende la recurrente, que el objeto del contrato no fuera determinado. La inicial imprecisión respecto del coste de cancelación, en atención a su conexión con el carácter aleatorio del contrato, afectado por las fluctuaciones de los precios de estos productos financieros en el mercado, no afecta a la exigencia de determinación del objeto del contrato. Razón por la cual procede desestimar el motivo.



**3. Formulación del motivo segundo** . El motivo denuncia la infracción del art. 1256 CC , por «no haber estimado la sentencia recurrida la pretensión subsidiaria, del punto 3º del suplico de la demanda, sobre declaración de cancelación anticipada de los contratos litigiosos sin coste para los clientes». En el desarrollo del motivo se razona que el ejercicio de la facultad unilateral de resolución anticipada del contrato «no puede provocar que una de las partes, en este caso el banco (...), pueda determinar una liquidación económica, atendiendo a unas indeterminadas condiciones de mercado, al margen de fórmulas, varias, que hubieran podido pactarse». Y añade, «cuando una cláusula, bajo el amparo de la indeterminación, da lugar a que su cumplimiento, comenzando por su determinación sin convenio, quede al arbitrio de uno de los contratantes, está incurso en nulidad por infracción del artículo 1256 del Código Civil ».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**4. Desestimación del motivo segundo** . El motivo suscita una cuestión que no formaba parte del objeto litigioso, en atención a las razones aportadas en la demanda para justificar la pretensión 3ª de la demanda.

La pretensión que se numera como apartado 3º del suplico de la demanda («se declare la cancelación anticipada de los contratos clip actualizado 06-3.3 y Clip Almanzor sin coste alguno para mis representados, por los argumentos ya expuestos») se fundaba en otras razones ajenas al art. 1256 CC . En concreto, se justificaba en la doctrina de los actos propios en relación con la primera cancelación realizada en noviembre de 2007 sin coste alguno para ninguna de las partes (apartado 7 A de los fundamentos de derecho sobre el fondo del asunto).

La sentencia recurrida hace mención al art. 1256 CC para justificar la improcedencia de esta pretensión subsidiaria en el marco del siguiente razonamiento: «la cancelación unilateral sin coste de los contratos de tracto sucesivo y vencimiento en el tiempo es algo excepcional y muy en particular en los contratos con un relevante componente de aleatoriedad, como medio para evitar que los contratos queden al arbitrio de una o de otra parte ( art. 1256 CC ), salvo pacto expreso ( art. 1255 CC ) o salvo previsión legal ( art. 1594 CC )».

En cualquier caso, y aun suponiendo que esta cuestión hubiera sido objeto de litigio, no ha existido ninguna vulneración del art. 1256 CC . Que exista una previsión contractual en un contrato de permuta financiera que, como puede apreciarse en la cláusula transcrita en el resumen de antecedentes, prevea la posibilidad de cancelación anticipada por el cliente en cuatro momentos concretos del año, y que el precio de la cancelación esté en función de la situación del mercado en esas fechas, y del coste que para el banco pueda representarle deshacer a precio de mercado la cobertura del producto, no contraría el art. 1256 CC , en cuanto que no supone dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes, del banco. Si la contratación con el cliente ha conllevado, para el banco, la contratación de una cobertura de este producto, es lógico que la cancelación anticipada del swap repercuta en la cancelación anticipada de la cobertura, que esto pueda tener un coste para el banco, y que en el contrato de swap, al prever la cancelación del swap, se pueda prever esta repercusión del coste. La indeterminación de este coste, en el momento de firmar el contrato, no es fruto de la voluntad de dejar su concreción al arbitrio del banco, sino, como hemos explicado, una consecuencia natural de la aleatoriedad vinculada a la situación del mercado en el momento de la resolución. Cuestión distinta, ajena a este motivo, es que se hubiera explicado suficientemente el riesgo que conllevaba este coste de cancelación, a los efectos de error vicio.

**5. Formulación del motivo tercero** . El motivo denuncia la infracción de los arts. 1265 , 1269 y 1270 del Código Civil , por «no haber declarado la sentencia recurrida la anulabilidad de los contratos litigiosos por el dolo que vició el consentimiento de los clientes...». Según el recurrente, el dolo omisivo se pone de manifiesto por dos circunstancias: el banco ocultó las fórmulas para fijar el coste de la cancelación anticipada, impidiendo a los clientes llegar a conocer los parámetros a aplicar para practicar la liquidación del contrato por cancelación anticipada; y generó en los clientes la confianza de que la cancelación anticipada de los contratos no provocaba la práctica de liquidaciones económicas, pues la cancelación anticipada de los contratos de 6 de marzo de 2006 no generó ninguna liquidación.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**6. Desestimación del motivo tercero** . Conforme al art. 1269 CC , «hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho». La jurisprudencia suele exigir para la apreciación de este vicio del consentimiento los siguientes requisitos: i) una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, mediante palabras o maquinaciones adecuadas; ii) la voluntad del declarante debe haber quedado viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño; iii) esta conducta deber ser determinante de la declaración; iv) el carácter grave de la conducta insidiosa; y v) el engaño no debe haber sido ocasionado por un tercero, ni empleado por las dos partes (recogida en la SSTS de 11 y 12 de junio de 2003 ).



La jurisprudencia también ha admitido que el dolo, en cuanto vicio del consentimiento, pueda consistir no sólo en la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también en la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, de suerte que habrá dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico ( Sentencias 233/2009, de 26 de marzo , 289/2009, de 5 de mayo , 855/2009, de 30 de diciembre , 129/2010, de 5 de marzo , 658/2011, de 28 de septiembre ). Esto es, para que exista dolo omisivo ha de haber un deber jurídico de informar violado por el silencio. Aunque no puede equipararse sin más el incumplimiento de un deber legal de información con el dolo.

En cualquier caso, el dolo se distingue del error en la conducta insidiosa del agente, en la maquinación o astucia, ya sea activa o pasiva, del que induce al otro contratar. Y es esta nota de malicia, que resalta la gravedad del dolo y que no debe confundirse con el ánimo de perjudicar, la que no se aprecia en este caso.

Aunque en alguna ocasión hemos extendido el deber de información del art. 79 bis 3 LMV a los concretos riesgos que pudieran derivarse del coste de cancelación, y hemos llegado a apreciar el error en el consentimiento como consecuencia de este defecto de información, para la apreciación del dolo se requiere algo más. Es preciso que el silencio se haya empleado como medio de engaño para lograr el consentimiento del cliente, lo que no ha quedado acreditado en la instancia, y el recurso de casación no permite alterar la base fáctica. Al respecto, conviene no olvidar que, no sólo no constan circunstancias que puedan poner en evidencia la existencia del engaño, sino que la sentencia de apelación declara probado que los representantes de las sociedades demandantes «fueron informadas de los riesgos del producto» y «conocían lo que firmaban».

**7. Formulación del motivo cuarto .** El motivo denuncia la infracción de la jurisprudencia sobre los «actos propios» en relación con el art. 7.1 CC , como consecuencia de no haber atribuido, la sentencia recurrida, valor de acto propio al hecho de que el banco no hubiera practicado liquidaciones al cancelar los seis primeros contratos, los de 6 de marzo de 2006.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**8. Desestimación del motivo cuarto .** No puede pretenderse que la falta de liquidación del coste de la cancelación anticipada de los primeros contratos de swap (Clip Bankinter 06 3.3 de 2007) constituya un acto propio que impida al banco aplicar la cláusula pactada en los contratos que sucedieron a aquellos (Clip Bankinter Actualizado 06 3.3 de 2007 y Clip Bankinter Almanzor de 2008) para el caso de cancelación anticipada.

La prohibición de obrar en contra de los propios actos, que evoca el aforismo romano «*venire contra factum proprium non valet*» (a nadie se permite ir contra sus propios actos), se justifica por la legítima protección que merece la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la procedencia de ejercitar los propios derechos conforme a las exigencias de la buena fe ( art. 7.1 CC ). Se entiende que alguien actúa en contra de la buena fe cuando contradice sin razón objetiva su comportamiento anterior, sobre el cual un tercero fundó una legítima confianza que le llevó a determinadas disposiciones, inhibiciones o asunción de compromisos patrimoniales, que quedarían frustradas con aquel comportamiento contradictorio.

El incumplimiento de una previsión contractual, en este caso, la liquidación del coste de cancelación anticipada de los contratos Clip Bankinter 06 3.3 de 6 de marzo de 2007, cuyo cumplimiento ha sido solicitado por las propias demandantes como petición subsidiaria y estimado por la Audiencia, no constituye ningún acto inequívoco que pudiera fundar una legítima expectativa en que tampoco se aplicaría la cláusula de liquidación del coste de cancelación incluida en los nuevos contratos que suscribió a continuación. Es contradictoria esa supuesta legítima expectativa basada en la no liquidación del coste de cancelación de los primeros contratos de swap con que en los posteriores contratos consintiera en la inclusión de una cláusula que regulaba la liquidación del coste de cancelación anticipada.

#### **TERCERO.- Costas**

Desestimado el recurso de casación, imponemos a la parte recurrente las costas del recurso ( art. 398.1 LEC ).

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º Desestimamos el recurso de casación formulado por la representación de Mobart 2, S.A., Eurobarmor, S.L., Crismora, S.L., Baher 93, S.L., Const. Lorenzo Gines , S.A., Mobart 2 Construcciones, S.L. y Onage Promociones e Inversiones, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (sección 2ª) de 17 de octubre de 2012, que conoció de la apelación (rollo núm. 385/2011 ) formulada contra la Sentencia del Juzgado de Primera





Instancia núm. 2 de Burgos de 9 de junio de 2011 (juicio ordinario 571/2010). 2º Imponemos las costas de la casación a la parte recurrente, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ