

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2015 (3868/2015)**

**Nulidad de contrato de swap
por vicio en el consentimiento**

Comentario a cargo de:
Fernando Sacristán Bergia
Profesor Titular de Derecho Mercantil URJC
Abogado (SACRISTÁN&RIVAS ABOGADOS)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE JULIO DE 2015

RoJ: STS 3868/2015 - **ECLI:ES:TS:2015:3868**

ID CENDOJ: 28079119912015100032

PONENTE: Excmo. Sr. Don Ignacio Sancho Gargallo

Asunto: La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2015 analiza una acción de nulidad de un swap, declarando la misma, por apreciar error en la representación sobre el coste de cancelación.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo: 5.1. Sobre el ámbito de tutela del inversor en la versión PreMifid de la Ley del Mercado de Valores. 5.2 Sobre el perfil del inversor y la información sobre las previsiones de evolución de los tipos de interés. 5.3 Sobre la falta de información en relación con el coste de cancelación y la nulidad del contrato de swap. 5.4. Conclusión.

1. Resumen de los hechos

La Sentencia objeto de comentario versa sobre los siguientes hechos, reflejados en la propia sentencia: Original Packages, S.L. es una sociedad dedicada a la importación de productos derivados de la madera que, para la construcción de unas nuevas instalaciones en Amorebieta, obtuvo de Banco Santander un préstamo hipotecario de 900.000 euros, a interés variable, y un crédito ICO de 300.000 euros.

Por iniciativa de Banco Santander, que mediante una de sus empleadas se dirigió al administrador de Original Packages, S.L., Jose Pedro, para ofrecerle un Swap que evitase el riesgo derivado de futuras subidas de los tipos de interés, el 20 de julio de 2005, las partes concertaron un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) y un primer contrato de Swap, con un nominal de 3.000.000 de euros, y una duración hasta el 25 de julio de 2008 (núm. 53.390).

Este primer contrato swap, siguiendo las instrucciones del banco, se canceló anticipadamente el día 16 de marzo de 2006 y se suscribió un segundo Swap (núm. 65.178) que sucedía al anterior, con el mismo nominal y con duración hasta el 26 de julio de 2010. El banco no cargó costo alguno por la cancelación anticipada.

Este segundo contrato se canceló anticipadamente de forma unilateral, siguiendo las instrucciones del banco, el 19 de julio de 2006, y se concertó un nuevo contrato de Swap (núm. 73.237) con el mismo nominal. La duración se mantuvo como en el anterior hasta el día 26 de julio de 2010.

Más tarde, también a instancia del banco, se procedió a la cancelación del contrato anterior y a la suscripción del cuarto Swap (núm. 66.951), si bien esta vez la demandante se vio obligada a abonar como coste de dicha cancelación la cuantía de 56.116,41 euros. El periodo pactado de duración del Swap era entre el 31 de enero de 2007 al 13 de febrero de 2012. En este nuevo contrato se exigió aval personal del administrador, de su mujer y de su sociedad patrimonial. Y se canceló el contrato marco de 20 de julio de 2005.

En el anexo de los contratos Swap, en el apartado de consideraciones en relación a su cancelación, se establece lo siguiente:

«El producto aquí descrito puede ser cancelado anticipadamente. En este caso tendrá que ser valorado a precio de mercado y su valor de cancelación estar determinado por las condiciones del mismo en ese momento».

Las liquidaciones practicadas arrojaron el siguiente resultado:

i) Durante el primer contrato, se efectuó a favor del banco una liquidación de 89.729 euros y a favor del cliente otra por la cantidad de 73.039 euros, en

consecuencia se generó una diferencia de 16.690 euros, a favor del Banco Santander.

ii) Durante el segundo contrato, se efectuó a favor del banco una liquidación de 133.833 euros y a favor del cliente otra por la cantidad de 184.995 euros, en consecuencia se generó una diferencia de 51.162 euros, a favor del actor.

iii) Durante el tercer contrato, se efectuó a favor del banco una liquidación de 134.200 euros y a favor del cliente otra por la cantidad de 145.446 euros. Teniendo en cuenta que hubo un coste de cancelación de 56.116 euros, se generó una diferencia en dicho contrato a favor del banco en 44.870 euros.

iv) Durante el cuarto contrato se efectuaron liquidaciones de 16.146 euros el 2 de mayo de 2009, 12.849 euros en fecha 5 de agosto de 2009 y 10.380 euros en fecha 11 de noviembre de 2009, todas a favor del demandante. Se dejó pendiente la liquidación de febrero de 2010 por la presentación de un escrito dirigido al banco y por el inicio de las acciones judiciales con la presentación de unas diligencias preliminares de exhibición de documentos. El coste de cancelación anticipada de este cuarto contrato, según la información facilitada por el banco en fecha 12 de febrero de 2007, ascendía a la cantidad de 249.706 euros aproximadamente.

Frente a las liquidaciones negativas no consta ninguna reacción en contra del legal representante de la demandante. Sí que la hubo cuando intentó cancelar el último Swap, y le comunicaron que el coste de la cancelación sería 249.706 euros.

2. Soluciones dadas en primera instancia

El Juez de Primera Instancia núm. 4 de Bilbao dictó Sentencia con fecha 16 de diciembre de 2011, con la siguiente parte dispositiva:

“FALLO: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador D. Germán Apalategui Carasa en nombre y representación de ORIGINAL PACKAGES, S.L. contra BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A., debo declarar y declaro la nulidad del contrato marco de Operaciones Financieras suscrito entre la actora y BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A. en fecha 20 de julio de 2005 así como la nulidad de las confirmaciones de Permutas Financieras de Tipos de Interés suscritas entre las mismas partes con fecha 22 de julio de 2005, 16 de marzo de 2006, 19 de julio de 2006 y 31 de enero de 2007 (con referencias nº 53390.21, nº 65178.21, nº 73237.21 y nº 66951), debiendo procederse a la anulación de todas las liquidaciones económicas practicadas y que se practiquen por razón de los referidos contratos (incluidas las que se hayan podido practicar por la cancelación anticipada de cualquiera

de los contratos) y debiendo las partes devolverse recíprocamente las cantidades percibidas –o que perciban en el futuro– derivadas de la ejecución de dichos contratos y sus liquidaciones (existiendo a fecha de demanda un saldo favorable al Banco demandado ascendente a 28.977,00 euros); condenando a la parte demandada a estar y pasar por estas declaraciones y al pago de las costas del presente procedimiento. “.

El juzgado entendió que la iniciativa en la contratación había partido del banco y que la demandante no recibió, con carácter previo, documento alguno de carácter informativo que indicase las características principales del producto ofrecido, ni se le remitió texto de los contratos antes de su firma para poderlos leer con anterioridad a dicho acto. El banco fue también quien asumió la iniciativa de la cancelación de cada uno de los tres primeros contratos y su sustitución por otros con distintas condiciones. Contratos que la demandada elaboró y presentó a la firma de la actora. La información se proporcionó únicamente de forma verbal al administrador de la compañía y no constaba que contara con especiales conocimientos en materia financiera ni, tampoco, la persona que llevaba la contabilidad de la empresa.

Y expresamente advirtió que no constaba que a la demandante se le hubiera entregado copia de los contratos tras su firma, ni que por parte del banco se le informara de las expectativas o previsiones existentes sobre el comportamiento futuro del mercado y de los tipos de interés. Tampoco constaba que se proporcionara información clara y correcta sobre el coste de cancelación anticipada de los productos, cuya forma de calcularlo ni siquiera se especifica en el contrato.

De todo ello, dedujo el juzgado que no se había suministrado información correcta y adecuada sobre las características del producto que la demandada estaba obligada a proporcionarle y que, cuando el demandado prestó el consentimiento para la celebración de los contratos, lo hizo sin ser consciente del verdadero significado y alcance de aquello a lo que se obligaba y del verdadero riesgo que asumía, incurriendo en error sobre la esencia de lo pactado con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento. En relación con la excusabilidad del error, la sentencia parte del distinto grado de diligencia exigible a cada una de las partes y de la relación de confianza entre el banco demandado y la actora, y, además, tiene en cuenta que no se le ofreció a la demandante la información necesaria que podría haberle alertado del error en que incurrían al suscribir el contrato.

3. Soluciones dadas en apelación

La Sentencia de Primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Banco Santander Central Hispano S.A. La resolución de este recurso correspondió a la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, mediante Sentencia de 6 de junio de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

“FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Eguidazu Buerba, en nombre y representación de Banco Santander Central Hispano, S.A., contra la sentencia dictada el día 16 de diciembre de 2011 por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia n° 4 de Bilbao, en los autos de Juicio Ordinario n° 651/10 a que este rollo se refiere; debemos revocar y revocamos dicha resolución, y en su lugar dictar otra por la que desestimando la demanda deducida por el Procurador Sr. Apalategui Carasa, en nombre y representación de Original Packages, S.L., contra Banco Santander Central Hispano, S.A., representada por el Procurador Sr. Eguidazu Buerba, debemos absolver y absolvemos a la demandada de las pretensiones contra ella deducidas con imposición a la actora de las costas de la instancia y sin expresa imposición de las de esta alzada, debiendo cada parte soportar las suyas y las comunes, si las hubiere, por iguales partes”.

4. Los motivos de casación alegados

El motivo denuncia la infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil, así como el artículo 79 bis de la Ley 47/2007 del Mercado de Valores, de 19 de diciembre, porque la demandada no fue informada de las previsiones que tenía el banco para los Swaps y los posibles costes de cancelación.

En el desarrollo del motivo razona que «la falta de una información precontractual precisa, correcta y adecuada por parte del banco demandado, y que éste estaba por lo demás obligado a proporcionar, acerca de las características de los productos Swaps suscritos por la demandante y de las previsiones para los mismos –en quienes concurriría la condición de clientes minoristas, a tenor de la reformada normativa de la Ley de Mercado de Valores por Ley 47/2007 (LA LEY 12697/2007), de 19 de diciembre–, así como del alcance de las obligaciones y del riesgo asumido por las mismas en su cancelación anticipada, conlleva a tener por concurrentes los presupuestos de existencia de error excusable en la demandante sobre la esencia de los negocios contratados con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento».

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. Sobre el ámbito de tutela del inversor en la versión preMifid de la Ley del Mercado de Valores

Un punto de debate tradicional en este tipo de procedimientos relacionados con la contratación de swaps es el ámbito de tutela del inversor antes de la reforma Mifid, pretendiendo con frecuencia las entidades de crédito que la

normativa preMifid tenía un ámbito de exigencia inferior. Sobre este particular debemos matizar que si se analizan con objetividad las normas de tutela anteriores y posteriores a la referida reforma, su ámbito de tutela es coincidente. Entendemos que a lo más que se puede llegar es a afirmar que con la reforma se concretaron algunos deberes que ya estaban implícitos en la legislación anterior, o que en algún caso se formalizan tales deberes, como ocurre con el tradicional de actuar en interés del cliente, que requiere conocer su perfil e intereses, que después de la reforma requiere la elaboración previa de los famosos test de idoneidad y conveniencia. Sobre estas cuestiones vinculadas a la normativa aplicable y al ámbito de tutela la Sentencia comentada manifiesta lo siguiente.

Conviene puntualizar que, por el tiempo en que se concertaron los contratos de Swap objeto de la acción de nulidad, resulta de aplicación la regulación legal del Mercado de Valores anterior a la transposición en nuestro ordenamiento de la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, conocida como Directiva MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV). En consecuencia, la sentencia recurrida no ha podido infringir el art. 79 bis LMV, precisamente porque cuando se celebraron los contratos no estaba vigente. Sin embargo, el marco legal anterior, aplicable al caso, ya contemplaba una exigente regulación de la información que se debía suministrar sobre la naturaleza del producto y el riesgo que se asume al contratar estos productos.

Como ya advertimos en la Sentencia 460/2014, de 10 de septiembre, con anterioridad a la trasposición de esta Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores daba «una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza».

El art. 79 LMV ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes

como asesorando sobre inversiones en valores, la de “asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]”.

Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

“1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos”.

5.2. Sobre el perfil del inversor y la información sobre las previsiones de evolución de los tipos de interés

Otro de los aspectos más tratados por la jurisprudencia en este tipo de asuntos es el relativo al perfil del inversor, y su incidencia en la apreciación o no de la concurrencia de vicio en el consentimiento. Sobre esta cuestión nuestra jurisprudencia ha tenido ciertos giros, pudiendo afirmarse que hoy en día, no se discute que la condición de empresario del demandante, o el hecho de tener en la empresa un departamento de contabilidad no convierten al inversor en un experto financiero (entre otras, pueden verse las STS nº 633, de 13 de noviembre de 2015, o la nº 673/2015 de 9 de diciembre). Lo anterior, no solo es razonable, sino que se presenta como consecuencia lógica de la asimetría de información existente entre el verdadero experto en productos financieros, y el cliente, sea éste empresario o no. La asimetría afecta tanto a los medios técnicos de uno y otro, como al conocimiento del contexto financiero en el que se realiza la inversión y la distinta visión que del mismo tiene el inver-

sor, que no conoce entre otros datos, todas las variables que maneja la entidad. Sobre este último aspecto, no podemos olvidar que es el profesional quien estructura el producto, y no hay ninguna duda que ese proceso se realiza sobre la base de informaciones, como son los tipos forward o la curva de volatilidad, que entre otras variables manejan los bancos para montar el producto, y ajustarlo con potentes y sofisticados medios informáticos que son inaccesibles para los inversores, tanto por su elevado coste como por su nivel de sofisticación.

No debemos olvidar, que cualquier desequilibrio en la estructuración, rompe la aparente aleatoriedad de la misma, lo que es más obvio en todos aquellos casos en los que el swap se coloca como si de una cobertura se tratara, ya que en función de la información que maneja el banco, no existen las mismas posibilidades de que el resultado sea uno u otro, atendiendo a las apuestas que sobre la evolución de los tipos maneja la entidad. En ese sentido entendemos, que las reglas de la buena fe, permiten exigirle al profesional que informe con carácter previo al inversor cuáles son esas previsiones, de forma que tanto las mesas de tesorería del banco, como el empresario al que le proponen la suscripción del producto partan de una posición de equilibrio. Solo este nivel de transparencia permite que exista un equilibrio en el momento de la contratación. Por otro lado, entendemos que tales previsiones y su conocimiento permiten tener una completa y cabal representación del producto que se contrata.

Sobre las anteriores cuestiones manifiesta el Tribunal en su Sentencia que:

La sentencia recurrida declaró probado que el representante legal de la sociedad contratante del Swap tenía conocimientos adecuados sobre el mercado financiero y en relación a este tipo de productos; que había concertado operaciones financieras similares con otras entidades; y que había realizado sucesivas novaciones del contrato Swap firmado, aun cuando en algunos casos la liquidación hubiera resultado negativa.

Por la información recibida y por su propia experiencia, el legal representante de la demandante conocía el contrato de Swap y cómo operaba. Lo que desconocía era la previsión de los mercados y de los tipos de interés, así como el coste concreto de la cancelación del Swap.

El defecto de información que denuncia la demandante es relativo a la evolución de los tipos de interés, y achaca a la demandada no haberle proporcionado los estudios que sobre la evolución de los mercados pudiera disponer el banco, así como al coste de la cancelación del Swap.

...

En primer lugar, la incertidumbre acerca de la evolución del mercado es connatural al componente aleatorio del contrato de Swap, en el que las liquidaciones a favor o en contra del cliente van a depender de la evolución de los tipos de interés escogidos como referencia.

Por otra parte, si analizamos las liquidaciones practicadas en cada uno de los sucesivos Swaps, se constata que las primeras fueron a favor del cliente,

por lo que difícilmente el banco le pudo ocultar una información decisiva sobre la evolución de los tipos de intereses que fuera a perjudicarlo. Y las liquidaciones sucesivas se fueron alternando a favor del cliente y del banco, sin que existan diferencias muy significativas.

De tal forma que, propiamente, respecto de esta cuestión no existió ningún error relevante que pudiera constituir vicio del consentimiento. Como ya apuntamos en el fundamento jurídico anterior, es muy difícil apreciarlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, pues la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia.

Mientras la demandante, al tiempo de concertar los Swaps, se hubiera podido representar correctamente el reseñado carácter aleatorio del contrato y la entidad de los riesgos asumidos, como así fue, la eventual representación equivocada de cuál sería el resultado como consecuencia de la evolución futura de los tipos de interés no tiene la consideración de error.

Atendiendo a lo manifestado en la introducción de este apartado, a ningún lector se le escapa, que no estamos de acuerdo con lo manifestado en este punto por el Tribunal Supremo sobre las previsiones que maneja la entidad, y ello porque como hemos indicado las previsiones manejadas no son accesibles al público y se revelan como esenciales para conocer las probabilidades reales del producto contratado. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que haber contratado operaciones similares, no supone ni mucho menos, conocer las características del tipo del producto, pues se trata de un hecho que por sí sólo no acredita que en las anteriores ocasiones la entidad de crédito si hubiera informado correctamente al cliente, como así reconocía expresamente la Sentencia del pleno del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015.

A lo anterior, debemos añadir que esas previsiones tienen una incidencia directa en la propia valoración contable, del valor razonable del producto, así en el marco de la estructura del swap servirá para valorar cada una de las opciones que tienen las partes. Si las previsiones indican que hay más posibilidades de éxito de las opciones con las que juega la entidad, eso significaría que tienen más valor económico estas frente a las del cliente. Esto es más trascendental, si cabe, si tenemos en cuenta que este tipo de productos se colocaron por las entidades a coste cero, como si fueran de equidad, cuando lo cierto es que en función de esas previsiones las opciones del banco tenían más valor que las del inversor, por lo que dejos de ser un producto de equidad, bajo la apariencia del coste cero, el banco tenía que haber pagado al cliente la diferencia del valor entre su posición y la de esta.

Sobre el concepto de valor razonable del producto, la norma novena del Plan General de contabilidad aprobado por RD 1514/2007, de 20 de noviembre, de la que se desprende que el valor del producto no tiene que ver con su valor nominal y que es valor por el que tiene que contabilizar el producto el

inversor, por lo que tal valor que si conoce la entidad debe ser informado al cliente porque es el precio al que debe realizarse la transacción. Esto no sólo lo dice la propia normativa contable, sino que queda establecido en los arts. 59 y sig. del RD 217/2008, junto al contenido del propio art. 79 LMV.

Podemos afirmar que el sector financiero, nada tiene que ver en la fijación de precios con sectores como el textil, alimentación, o automoción, en los que el vendedor puede incluir en el precio márgenes, comisiones u otros sobrecostes, siendo el mercado el que determine en función de la ley de la oferta y la demanda la competitividad de los precios fijados. En el sector financiero el inversor debe conocer con detalle el precio, y su valor razonable contable, y por tanto, cualquier margen debe ser desvelado, incluidos aquellos que tienen su origen en las previsiones que determinan el valor de las opciones de las partes, máxime cuando entre las partes hay una posición de asimetría. Por todo lo expuesto, consideramos que la posición de la Sentencia en este punto puede matizarse, lo que llevaría a una conclusión distinta que es la que defiende el autor de este comentario, la ocultación de la información que tiene la entidad sobre las previsiones de la evolución de los tipos de interés tiene entidad para la determinación de la existencia de un vicio en el consentimiento.

En relación con esta cuestión, posteriores Sentencias del Tribunal Supremo se han ido aproximando a las tesis defendidas en este comentario. Así pueden verse las nº 535/2015, de 15 de octubre, la 692/2015 de 10 de diciembre, o la nº 668/2015, en las que se vincula el pronóstico sobre la evolución de los tipos hecho por la entidad para fijar los términos del contrato con el valor de mercado inicial del swap.

5.3. Sobre la falta de información en relación con el coste de cancelación y la nulidad del contrato de swap

La Sentencia comentada resulta muy relevante en relación con la información y fijación en la confirmación del coste de cancelación del swap elevándolo a elemento esencial, motivo que le permite en este caso ante la falta de una adecuada información, declarar la nulidad del contrato. Realmente esta ha sido una cuestión central, ya que hasta la presente sentencia ha sido habitual que las entidades defendieran que la información sobre el coste de cancelación se cumplía utilizando formulas tan genéricas y arbitrarias como la referencia a que la cancelación a valor de mercado. La gravedad de esta indefinición es máxima si atendemos a que es en ese momento cuando afloran las mayores pérdidas y sorpresas para el inversor, en un producto que en muchos casos se ofreció como cobertura y a coste cero para el cliente, cuando realmente las pérdidas se dejaban para el momento final ocultas bajo una formula indeterminada con referencia al coste de mercado, o a otras fórmulas ininteligibles. Sobre este punto merece la pena transcribir a continuación, los fundamentos de la sentencia que tratan esta cuestión.

Más sentido tiene, en este caso, el error en relación con el coste de la cancelación. Consta que del propio contrato no cabía deducir cuánto podía costarle al cliente cancelar anticipadamente el Swap. De hecho, el tribunal de instancia, al valorar la prueba, refiere que ni siquiera los empleados del banco que comercializaban el producto sabían cómo operaba la regla para el cálculo del coste de cancelación. Y lo acaecido con los tres primeros contratos de Swap justificaba que la demandante, al concertar el cuarto Swap, no pudiera representarse un coste de cancelación tan oneroso como el que le liquidó el banco cuando decidió resolver el contrato de forma anticipada.

Cuando un contrato de las características del Swap, que se concerta 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.

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.

El error vicio «ha de proyectarse sobre aquellas presuposiciones —respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato— que hubieran sido la causa principal de la celebración del contrato». En aquel caso concluimos que, «a la vista de la escasez de circunstancias concretas contempladas en la sentencia recurrida, no cabe que un defecto de oportuna información sobre el coste de la cancelación anticipada de la operación financiera fuese la causa de un error esencial, en el sentido expuesto, y, por ello, con entidad para provocar la anulación de todo el contrato».

Sin embargo, en el presente caso, las circunstancias acreditadas en la instancia, de las cuales hemos dejado constancia en el primer fundamento jurídico, ponen en evidencia el carácter esencial del defecto de representación sobre el coste de cancelación, por la cuantía del coste y su razonable imprevisibilidad para el cliente.

El cuarto contrato de Swap tenía una duración pactada entre el 31 de enero de 2007 y el 13 de febrero de 2012, había devengado liquidaciones a

favor del cliente (16.146 euros, el 2 de mayo de 2009; 12.849 euros, el 5 de agosto de 2009; y 10.380 euros, el 11 de noviembre de 2009), cuando a primeros de 2010 la demandante pidió su cancelación, y el banco cifró el coste para el cliente de 249.706 euros.

No podemos negar que el conocimiento de este eventual coste de cancelación fuera relevante a la hora de concertar el Swap. Formaba parte de los riesgos de la contratación del producto, máxime cuando las dos primeras cancelaciones no habían generado ningún coste, y el coste de la tercera cancelación (56.116,41 euros) era una suma proporcionada con las liquidaciones que había arrojado para una y otra parte ese tercer Swap (134.200 euros a favor del banco y 145.446 euros a favor del cliente). Es comprensible que al cliente le sorprendiera el importe de esta penalización, que difícilmente podía haberse representado de antemano, cuando firmó el contrato, y que al hacer muy gravoso el desistimiento podría haber tenido una incidencia relevante a la hora de prestar consentimiento al contrato.

Por eso, en este caso, y referido únicamente al cuarto contrato de Swap, podemos concluir que existió error vicio en su contratación. A la vista de los previos contratos y de la parquedad al respecto del contrato de Swap, el desconocimiento de que la cancelación anticipada del Swap podía reportarle un coste como el que le liquidó el banco, muestra que el cliente no pudo representarse que pudiera llegar a ser tan onerosa la cancelación. Esta circunstancia que afecta a un elemento esencial del negocio, los riesgos de la cancelación anticipada, incide en la relevancia del error, que además es excusable, porque no informaba de ello el contrato, ni tampoco consta que lo hiciera el banco antes de la contratación, y a tenor de cómo se habían desarrollado las cancelaciones de los anteriores, está justificado que no pudiera imaginarse un coste tan oneroso.

La estimación del motivo conlleva que casemos la sentencia de instancia en relación con la desestimación de la acción de anulación del cuarto Swap, que es el que hemos apreciado se vio afectado por el error vicio.

5.4. Conclusión

La Sentencia objeto de comentario tiene la virtualidad de ser una de las primeras en las que nuestro Tribunal Supremo ha puesto orden en una materia tan compleja como la de los swaps. Tras una jurisprudencia de nuestras audiencias en ocasiones favorables a las entidades, el Supremo entre los meses de septiembre 2015 y mayo de 2016 ha dictado numerosas Sentencias que han ido aclarando y cerrando los extremos de debate, hasta el punto que se produce una situación de injusticia material para aquellas empresas que se vieron abocadas incluso a un concurso de acreedores por los resultados de la contratación de coberturas y que vieron desestimadas sus reclamaciones entre los años 2012 y 2014.

La complejidad de la materia y el esfuerzo clarificador del Tribunal hace que se trate de una línea jurisprudencial muy importante, siendo esta Sen-

tencia relevante sobre la importancia de la información del coste de cancelación, debiendo completarse su estudio para el tratamiento de los contratos de swaps con las Sentencias posteriores que van cerrando el círculo y descartando muchos de los argumentos con los que las entidades triunfaron en diversas audiencias por la complejidad de la materia y el desconocimiento de estos productos.