

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia N°: 491/2015

Fecha Sentencia: 15/09/2015

CASACIÓN

Recurso N°: 2095/2012

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando

Votación y Fallo: 22/07/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: AUD.PROVINCIAL BIZKAIA, SECCION N. 5

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Escrito por: RSJ

Acción de nulidad por error vicio en la contratación de Swap. Mientras el cliente, 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.

El defecto de información sobre el cálculo del coste de cancelación del Swap no determina por sí la existencia de error vicio en su contratación, sino que dependerá de que las circunstancias concurrentes pongan en evidencia el carácter esencial del defecto de representación sobre el coste de cancelación, en atención sobre todo a la cuantía del coste y su razonable imprevisibilidad para el cliente.

CASACIÓN Num.: 2095/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Ignacio Sancho Gargallo

Votación y Fallo: 22/07/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

SENTENCIA N°: 491/2015

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Sebastián Sastre Papiol

D. Eduardo Baena Ruiz

En la Villa de Madrid, a quince de Septiembre de dos mil quince.

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrado por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm 4 de Bilbao.

El recurso fue interpuesto por la entidad Original Packages S.L., representada por el procurador Joaquín Fanjul de Antonio.

Es parte recurrida la entidad Banco Santander, S.A., representada por la procuradora María Albarracín Pascual.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. El procurador Germán Apalategui Carasa, en nombre y representación de la entidad Original Packages S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Bilbao, contra la entidad Banco Santander Central Hispano S.A., para que se dictase sentencia:

“por la que, estimando íntegramente la demanda, se declare:

1) La nulidad del contrato marco de operaciones financieras de fecha 20 de julio de 2005 y el denominado contrato de “Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés” o “Swap Bonificado Reversible Media” con referencia nº 66951, y duración comprendida entre el 31 de enero de 2007 al 13 de febrero de 2012, así como también se solicita se declare la nulidad de los tres contratos Swap precedentes al anterior con referencias nº 53.390, nº 65178.21 y nº 73.237,21, todo ellos por error fundado, en sustancia, en la infracción del deber de lealtad y fidelidad al cliente y de no proporcionarle adecuada y suficiente información con respecto a los llamados contratos de operaciones financieras suscritos, por falta de claridad en su clausulado al utilizar términos inadecuados produciendo error por falta de información suficiente, adecuada, precisa y clara.

2) Debiendo declararse, en virtud de dicha nulidad contractual, la nulidad de todas aquellas liquidaciones económicas practicadas y que se practiquen en virtud de dichos contratos, así como la nulidad de cualquier liquidación que por cancelación anticipada para la finalización de los contratos, se haya obligado o se obligue a efectuar a la demandante, debiendo devolverse recíprocamente las partes las cantidades percibidas o que perciban en el futuro derivadas de la ejecución de dichos contratos y sus liquidaciones, con sus correspondientes intereses legales devengados desde que se verificaron los pagos y que a la fecha asciende a favor del Banco demandado a la cantidad de veintiocho mil novecientos veintisiete euros con cuarenta (28.927,40 €) euros.

3) *Todo ello con imposición de las costas a la parte contrario.*”.

2. La procuradora Rafael Eguidazu Buerba, en representación de la entidad Banco Santander S.A., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

“por la que desestime íntegramente la misma y absuelva a mi mandante de todos los pedimentos que en ella se consignan, con expresa imposición de costas a la actora.”.

3. 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. ”.

Tramitación en segunda instancia

4. 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 nº 4 de Bilbao, en los autos de Juicio Ordinario nº 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.

Interposición y tramitación del recurso de casación

5. El procurador Germán Apalategui Carasa, en nombre y representación de la entidad Original Packages S.L., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 5ª.

Los motivos del recurso de casación fueron:

“1º) Infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil , art. 79 bis de la Ley 47/2007 de 28 de abril.”

6. Por diligencia de ordenación de 11 de julio de 2012, la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 5ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen, como parte recurrente, la entidad Original Packages S.L., representada por el procurador Joaquín Fanjul de Antonio; y como parte recurrida la entidad Banco Santander, S.A., representada por la procuradora María Albarracín Pascual

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 18 de marzo de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de la entidad Original Packages, S.L. contra la sentencia dictada, el 6 de junio de 2012, por la Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 5ª), en el rollo de apelación nº 120/2012, dimanante del juicio ordinario nº 651/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Bilbao."

9. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Santander, S.A., presentó escrito de oposición al recurso de casación formulado de contrario.

10. Por Providencia de 1 de junio de 2015 se acordó someter la decisión del recurso al Pleno de la Sala. Se señaló para votación y fallo el día 22 de julio de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **IGNACIO SANCHO GARGALLO**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de antecedentes

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

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., Francisco Javier Iglesias González, 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 notional 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 nocional 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 nocional. 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. En su demanda, Original Packages, S.L. pidió la nulidad del contrato marco de operaciones financieras de fecha 20 de julio de 2005 y del cuarto contrato de Swap, que tenía una duración entre el 31 de enero de 2007 y el 13 de febrero de 2012, así como de los tres contratos Swap precedentes, por error vicio. E interesaba, además de la declaración de nulidad de los contratos reseñados, que se dejaran sin efecto las liquidaciones practicadas y las que se pudieran practicar en virtud de dichos contratos, así como la nulidad de cualquier liquidación que por cancelación anticipada para la finalización de los contratos se hubiera obligado la demandante, debiendo devolverse recíprocamente las partes las cantidades percibidas o que percibieran en el futuro derivadas de la ejecución de dichos contratos y sus liquidaciones, con sus correspondientes intereses legales devengados desde que se verificaron los pagos.

3. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda. Tras la valoración de la prueba practicada, consideró acreditado que la demandada no había informado a la demandante de forma clara, completa y en términos comprensibles sobre las características del contrato y el significado y alcance de todas sus cláusulas.

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.

4. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación formulado por Banco Santander. En primer lugar, la sentencia entiende que resulta de aplicación la normativa pre MiFID, esto es, la Ley del Mercado de Valores antes de la reforma introducida por la Ley 47/2007. Luego razona que el deber de información no alcanzaba a los estudios sobre la previsión futura de evolución de los tipos de interés, y que bastaba el conocimiento sobre el funcionamiento del contrato concertado. Y al

respecto, la sentencia concluye que a la parte demandante no le faltó esta información precontractual y, por esta razón, la parte demandante prestó el consentimiento sin error.

A estos efectos, y en atención a lo que es objeto de casación, resulta muy ilustrativo transcribir la parte final de su razonamiento:

«De lo hasta ahora razonado no se ha acreditado falta de información sobre el contrato y sus mecanismos no pudiendo ser tal, lo que alega la parte actora de que no le dijeron que los tipos de interés podían bajar así como el costo que la cancelación le podía suponer (minuto 27,19 y ss Cd nº1), pues la grave situación derivada de la evolución de los tipos de interés no podía inicialmente preverse, al momento de celebración del contrato, ya que de ser consciente la demandada hablaríamos de otra situación diversa de la actual en cuanto a su posible responsabilidad, y luego cuando tal evolución se dio con liquidaciones negativas para la actora y costo de cancelación, pese a ello siguió contratando, lo que evidencia que conocía desde el principio las características del producto y asumía el riesgo, y si no los leyó respecto de ninguno de ellos al firmarlos, como declara (minuto 5,45 y ss y 6,40 y ss Cd nº1), actuación ésta que parece poco diligente si ya el primer contrato le suscitaba dudas, pues la liquidación le fue negativa, y era susceptible de generar importantes pérdidas, no parece razonable que se diera una sucesión de contratos, y se firmaran de nuevo sin leerlos. Lo razonable, de haber entendido que se había incurrido en error, hubiera sido solicitar la nulidad del primer contrato en vez de renovarlo, y muchos menos que tras una cancelación con costo económico que fue asumido por la mercantil, se celebrara un nuevo contrato.

»En definitiva, evidenciando la prueba practicada que la parte actora conoció y, en todo caso, estuvo en condiciones de conocer y comprender el alcance de los contratos suscritos y el riesgo asumido, es improcedente la pretensión de nulidad de la actora, por lo que con estimación del recurso de apelación debe revocarse en tal sentido la sentencia de instancia, dictando en su lugar otra por la que se desestima la demanda.»

5. La sentencia de apelación es recurrida en casación por la demandante, sobre la base de un único motivo.

Recurso de casación

6. *Formulación del motivo único.* El motivo denuncia la infracción de los artículos 1265 y 1266 CC, así como el artículo 79 bis de la Ley 47/2007, 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, 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».

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

7. *Estimación del motivo. Normativa aplicable.* El recurso denuncia la infracción de los arts. 1265 y 1266 CC, relativos a la anulabilidad de los contratos por error vicio en el consentimiento, en relación con el art. 79 bis LMV, que en la actualidad regula los deberes específicos de información que tienen que suministrar las entidades que prestan servicios de inversión a los clientes que no son inversores profesionales.

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”.

8. 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.

9. *Jurisprudencia sobre el error vicio.* En la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, compendiamos la jurisprudencia sobre el error vicio, de la que nos habíamos hecho eco en pronunciamientos anteriores sobre el error vicio en la contratación de un Swap (Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre, y 626/2013, de 29 de octubre): «hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia

inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea».

Volvemos a traer a colación esta jurisprudencia, para analizar a continuación la relevancia de la falta de información denunciada:

«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.

»El art. 1266 CC dispone 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, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). 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.

»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.

»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. 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.

»El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro 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. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

»Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega 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».

10. A la vista de lo expuesto, en el presente caso, en atención a la naturaleza del contrato de Swap de intereses, y a lo acaecido durante el tiempo en que estuvieron vigentes los cuatros Swaps contratados, no cabe apreciar error vicio en la contratación de los Swaps basado en el desconocimiento que en ese momento tenía la demandante sobre la evolución que iban a tener los tipos de interés, e imputar el error al incumplimiento por parte del banco de un supuesto deber de informar acerca de las previsiones del mercado.

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.

11. 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 cuanto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume.

Es cierto que lo anterior no justificaría que, como advertimos en la anterior Sentencia 41/2014, de 17 de febrero, con carácter general bastara invocar la dificultad de conocer el coste de la liquidación del contrato para justificar la nulidad del contrato de Swap por error vicio. 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.

12. 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.

La consecuencia de estimar parcialmente el recurso de apelación, y declarar la nulidad del cuarto contrato de Swap, suscrito el 31 de enero de 2007, con el efecto propio del art. 1303 CC, es la restitución recíproca de las prestaciones. La demandante, deberá devolver las liquidaciones percibidas a su favor, y el banco la pena que cobró a la demandante por la cancelación anticipada.

Costas

13. Estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa condena en costas, de conformidad con el art. 398.2 LEC.

La estimación del recurso de casación ha supuesto la estimación parcial del recurso de apelación, razón por la cual tampoco imponemos las costas de la apelación (art. 398.2 LEC).

Tampoco procede hacer expresa condena de las costas de primera instancia, porque las pretensiones ejercitadas en la demanda han resultado estimadas en parte (art. 394 LEC).

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

F A L L A M O S

1º Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Original Packages, S.L. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia (sección 5ª) de 6 de junio de 2012 (rollo núm. 120/2012) en el sentido de tener por estimado en parte el recurso de apelación formulado por Banco Santander, S.A. contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Bilbao de 16 de diciembre de 2011 (juicio ordinario 651/2010).

2º Declarar la nulidad del contrato de Swap concertado por Original Packages, S.L. con Banco Santander, S.A. (núm. 66.951), suscrito el 31 de enero de 2007, y ordenar a las partes la restitución de las prestaciones obtenidas por las liquidaciones practicadas en este cuarto contrato de Swap y la pena cobrada por la cancelación anticipada.

3º No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación, del recurso de apelación y las causadas en primera instancia.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo**, 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.