

**PRIMERAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE SWAPS DE TIPOS DE INTERÉS  
COMERCIALIZADOS POR ENTIDADES DE CRÉDITO ENTRE SU CLIENTELA**

**I. PLANTEAMIENTO**

1. Muy recientemente se han dictado por la Sala Primera del Tribunal Supremo las dos primeras sentencias en torno a la comercialización de *swaps* de tipos de interés por las entidades de crédito desarrollada durante los últimos años<sup>1</sup>. Como es notorio, al hilo de esta práctica contractual se ha generado durante los últimos años una importante litigiosidad en la que la Sala Primera tendrá la última palabra (aunque, en algunos casos, se han planteado eventuales infracciones del Derecho de la Unión Europea que, llegado el momento, pueden hacer que otros foros tercién en la polémica). La primera resolución trata de los efectos económicos de la extinción anticipada del derivado financiero, mientras que la segunda concierne a una de las cuestiones que ha devenido central en buena parte de los pronunciamientos judiciales dictados a raíz de la avalancha de reclamaciones interpuestas. Esto es, la eventual concurrencia de un error por ausencia o insuficiencia de información acerca de la probable evolución de los tipos de interés que habría viciado el consentimiento del cliente, dando lugar a la nulidad del contrato. Adelantando el dato que tal vez interesará más al lector, debemos decir que, en el primer caso, el TS falla a favor del cliente; en el segundo, a favor del banco. En este breve análisis de urgencia trataremos de valorar cuál puede ser la relevancia de estas primeras resoluciones más allá de los específicos litigios a los que se refieren.

**II. LA SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2012**

2. A propósito de las características concurrentes en el primero de los casos, debe destacarse lo siguiente<sup>2</sup>: i) Los clientes son dos personas físicas. ii) El derivado financiero se contrata para instrumentar una cobertura en relación con un préstamo con garantía hipotecaria otorgado por el banco para la adquisición de una vivienda. Se trata, por consiguiente, de la situación que parece más extendida en la bolsa de litigiosidad que nos ocupa. iii) La fecha de contratación del derivado no se especifica. iv) La relación prosigue sin especiales incidencias hasta que, hacia enero de 2009, el banco carga una liquidación del *swap* que motiva la reclamación de los clientes. Tras diversas conversaciones, éstos solicitan la cancelación anticipada del *swap*, indicándoles la entidad que deberán asumir unos gastos de cancelación de 3.314,75€, a lo cual se niegan. v) Con fecha 17 de marzo de 2009, los clientes interponen la demanda, pidiendo al Juzgado de Primera Instancia la declaración de que “no ha existido” el contrato del *swap* y la condena de la entidad a restituir las “cantidades ilegítimamente cobradas, continuando el contrato de préstamo hipotecario en las mismas condiciones que antes de aplicarse el intercambio de tipos/cuotas”. Subsidiariamente, solicitan que, de entenderse celebrado algún contrato entre las partes, se declare que la entidad “no está legitimada a cobrar cantidad alguna”

---

<sup>1</sup> Sobre nuestra posición al respecto nos permitiremos hacer una remisión general a la reciente monografía *La comercialización de swaps de tipos de interés por las entidades de crédito*, Bosch, Barcelona, 2012 y a la extensa literatura allí citada.

<sup>2</sup> Sentencia nº 665/2012 de 15 de noviembre de 2012, de la cual es ponente el Magistrado D. José Ramón Ferrándiz Gabriel. Resuelve el recurso de casación interpuesto por el banco contra la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo de 8 de octubre de 2010, que, a su vez, resolvió el recurso de apelación contra la sentencia de 4 de noviembre de 2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Lugo. Los clientes, que constituyen la parte actora del procedimiento, son dos personas físicas. El Juzgado de primera instancia desestimó la demanda; la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, acogiendo las pretensiones de los actores; finalmente, la Sala Primera del Tribunal Supremo desestima el recurso de casación del banco, confirmándose así el fallo de la Audiencia favorable a los reclamantes.

por la cancelación del derivado, debiendo ser condenada a reintegrar las cantidades “indebidamente percibidas” y continuando el préstamo hipotecario en las mismas condiciones.

3. En resumidas cuentas, la *litis* se centra en la interpretación de la cláusula sobre extinción anticipada del contrato, siendo digno de mención que, según subraya el TS (FD 1º), todos los motivos del recurso de casación se fundamentan en las disposiciones del Código Civil sobre interpretación de los contratos, así como en la jurisprudencia recaída respecto de los mismos. En esta línea, nos parece muy significativo que el Tribunal se ocupe de precisar que en la impugnación “no se mencionan como infringidos los preceptos legales que disciplinan la documentación y protección de la clientela bancaria o la contratación de instrumentos financieros. Así como tampoco los referidos al control de incorporación de las condiciones generales, en garantía de una correcta formación de la voluntad de la parte adherente, pese a que el Tribunal de apelación calificó el contrato litigioso como de adhesión”<sup>3</sup>. Dicho de otra manera, nos hallamos ante una sentencia que habrá que adicionar al amplísimo caudal de las dictadas a propósito de los arts. 1281-1289 del Código Civil<sup>4</sup>. No todavía ante una resolución que, en puridad, acometa el análisis de la normativa sobre contratación de instrumentos financieros (esto es, *MiFID* y las correspondientes disposiciones de desarrollo en España).
4. Según indica el TS (FD 2º), en la cláusula negocial controvertida se regulan los supuestos de resolución anticipada del contrato y a continuación se determina que “*en estos casos, se procederá a la correspondiente liquidación positiva o negativa en la cuenta del cliente, en función de las condiciones existentes en el mercado de tipos de interés en el momento en que se produzca la mencionada resolución [...]. La resolución anticipada del contrato conlleva gastos para Bankinter que pueden ser repercutidos al cliente*”. Pues bien, la contienda se plantea en torno a la interpretación del inciso “*en estos casos*”, discutiéndose, en concreto, si la facultad del banco de repercutir los gastos al cliente resulta aplicable a cualquier supuesto de extinción anticipada o, por el contrario, sólo a los cuatro específicamente enumerados antes de la regulación de dicha facultad (referidos a casos de incumplimiento de los clientes). El Juzgado de Primera Instancia mantiene la primera interpretación (favorable al banco), mientras que la Audiencia opta por la segunda (favorable a los clientes)<sup>5</sup>.
5. Por su parte, el TS se decanta por confirmar el criterio de la Audiencia: “no se considera contraria a la norma del párrafo primero del artículo 1281 del Código Civil la conclusión a que llegó el Tribunal de apelación, al entender que una interpretación literal del contrato no permitía afirmar, claramente, que los prestatarios hubieran aceptado al firmar el documento quedar obligados al pago de un cargo específico en el supuesto de cancelar anticipadamente el vínculo – esto es, en todos los supuestos de extinción del mismo sin haber vencido su plazo de urgencia

---

<sup>3</sup> También insiste mucho en ello la sentencia de la Audiencia (FD 2º).

<sup>4</sup> Tras recordar su jurisprudencia en materia de aplicación de las normas sobre aplicación de los contratos en sede de casación (FD 3º), el TS pasa a referir brevemente los cinco motivos del recurso interpuesto por el banco (FD 4º), centrados en la infracción de los arts. 1281, 1285, 1286, 1287 y 1288 del Código Civil. Asimismo (FD 5º), recuerda, una vez más, que la casación “no permite controlar si la interpretación del contrato seguida en la instancia es la más adecuada a las circunstancias del caso, sino sólo si es contraria a alguna de las reglas que la disciplinan”.

<sup>5</sup> En los términos de la SAP impugnada (FD 3º), la tesis que mantiene el banco “pugna con una interpretación gramatical -pues, al utilizarse la expresión “en estos casos”, que no “en todos los casos” o “en cualquiera de los casos” lo circunscribe a los 4 últimos supuestos, y no al que nos ocupa de “resolución voluntaria del intercambio por parte del cliente”- lo que daría la razón a la parte apelante”. Luego agrega la Audiencia que el clausulado contractual “por sí solo no ofrece los requerimientos de información necesarios para que el cliente pueda comprender el previsible cargo que se efectuará en su cuenta en caso de que decida la cancelación anticipada, ni incluye referencia específica al criterio de cálculo del coste asociado a dicha operación, esto es, aparece transida de una oscuridad que impide estimar a la entidad bancaria legitimada a cobrar cantidad alguna a los recurrentes por la resolución unilateral del contrato de intercambio tipos/cuotas”.

y no sólo en los cuatro previstos de resolución a instancia de la ahora recurrente -, siendo que la cláusula sexta no es clara, que en los “*datos particulares del presente intercambio*” – cláusula decimocuarta – no se menciona el litigioso cargo y que cualquier posibilidad de integración al alcance de los adherentes hay que entenderla limitada por la falta de identificación mínima de la causa de la deuda y – como se dice en la sentencia recurrida – por la omisión en la redacción del documento de una “referencia específica al criterio de cálculo del coste asociado a dicha operación”.

6. Recuerda asimismo el TS que “el artículo 1281, párrafo primero, dispone que “ha de estarse, en primer lugar, a la interpretación literal” y “sólo si hay dudas o contraposición de la literalidad con la voluntad real de los contratantes o hay evidencia de que ésta era contraria al texto literal”, cumple acudir a las demás reglas”. A su vez, los demás cánones interpretativos (como el sistemático del art. 1285 CC) tampoco permiten corregir la interpretación mantenida por la Audiencia. La clave es que “se trata de averiguar la voluntad contractual por medio de unas reglas elaboradas por sólo una de las partes” y del análisis de tal clausulado no se infiere que los clientes hayan quedado obligados a hacerse cargo de los gastos devengados en cualquier supuesto de cancelación anticipada (más allá de los cuatro sobre los que no se suscita cuestión)<sup>6</sup>.
7. En definitiva, el banco, al redactar la disciplina negocial a la que se adhirieron los clientes, no reguló la facultad de repercusión de los gastos de cancelación anticipada con la claridad y la precisión necesarias para que, en un supuesto como el planteado, se considere aplicable dicha facultad. El banco debe asumir, por tanto, las consecuencias de esta deficiencia técnica en la redacción del clausulado. Siendo así las cosas, parece una conclusión inobjetable.
8. Nada se prejuzga en la sentencia sobre la legitimidad de la repercusión al cliente de los gastos de extinción anticipada ni, menos aún, acerca de los requisitos de transparencia y la exigencia de información precontractual acerca de los costes de cancelación anticipada y su procedimiento de cálculo.

### III. LA SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2012

9. En este supuesto, la situación que origina la controversia judicial es la siguiente<sup>7</sup>: i) El cliente es una SL. ii) Entre las partes se celebran inicialmente dos contratos en fechas 20 y 27 de febrero de 2004, consistentes en sendos *swaps* de tipos de interés cuyos nominales eran por importe de 1.803.000 € y 749.000 € respectivamente, teniendo ambos vencimiento de fecha 19 de febrero de 2007. Según alega el banco (el cliente no lo niega), la relación se desarrolló normalmente y

---

<sup>6</sup>Considera el TS que la redacción del clausulado negocial no permite concluir que “los prestatarios aceptaron pagar un “cargo por cancelación”, pese a no venir establecido claramente en la cláusula sexta ni aparecer mencionado, en la decimocuarta, entre los datos de identificación de la operación, por el hecho de que, con ocasión de regular otros supuestos, las cláusulas tercera y quinta contemplaran la posibilidad de repercutir en la cuenta del cliente gastos adicionales o la de efectuar una liquidación, positiva o negativa, en la misma, en función de lo que aconteciera en el mercado de tipos de interés”. Como más adelante se dice, estamos “ante una cláusula oscura, cuya redacción fue sólo imputable a la recurrente”.

<sup>7</sup> Sentencia nº 683/2012 de 21 de noviembre de 2012, de la cual es asimismo ponente el Magistrado D. José Ramón Ferrándiz Gabriel. Resuelve el recurso de casación interpuesto por el banco contra la sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de enero de 2010, que, a su vez, resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 9 de julio de 2009 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Oviedo. El cliente, parte actora del procedimiento y recurrida en casación, es una sociedad de responsabilidad limitada. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda; la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación, dictando una sentencia parcialmente estimatoria y declarando la nulidad de los contratos controvertidos; finalmente, la Sala Primera del Tribunal Supremo estima el recurso de casación y declara no haber lugar a la estimación del recurso de apelación, confirmando la sentencia de primera instancia, contraria a la reclamante.

se practicaron diversas liquidaciones favorables al cliente. iii) Antes de su vencimiento, se cancelan los contratos (a iniciativa del banco, según el cliente; de mutuo acuerdo a previa solicitud del cliente, según el banco) y se sustituyen por otros de fecha 8 de marzo de 2005 y vencimiento a 10 de marzo de 2008. Los nuevos contratos tienen el mismo importe nominal que los iniciales. Por razón de la fecha de contratación, no resultaba aplicable la normativa *MiFID* sino el RD 629/1993, de 3 de mayo<sup>8</sup>. iv) Los *swaps* tienen una función de cobertura del cliente frente a una oscilación de los tipos de interés de una financiación concedida por el banco para la construcción de un establecimiento hotelero<sup>9</sup>. v) Los nuevos contratos son finalmente cancelados en fecha 11 de septiembre de 2006. Por tanto, debe advertirse que nos encontramos frente a un supuesto que es claramente previo a la gran crisis financiera que se inicia en 2007-2008 y que, al provocar más tarde una abrupta caída de los tipos de interés, origina la masiva conflictividad judicial a la que nos venimos refiriendo. En el supuesto resuelto en esta sentencia el cliente litiga porque se considera indebidamente perjudicado por el alza de tipos registrada durante 2006. vi) Concretamente, el banco realiza dos cargos que, según el cliente, son improcedentes al haberse cancelado el contrato. Ante ello, presenta reclamación ante el Banco de España, que se inhibe a favor de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Este organismo en fecha 27 de diciembre de 2007 resuelve la reclamación apreciando una actuación “incorrecta” del banco en la comercialización de los derivados aunque sin entrar (por entender que no era de su competencia) en si habían existido deficiencias de información causantes de un vicio de nulidad de los contratos. vii) Finalmente, el cliente interpone la demanda judicial con fecha 16 de junio de 2008. En esencia, solicita que se declare el incumplimiento por el banco de los buenos usos y prácticas bancarias al no informarle debidamente en cuanto al procedimiento de contratación del producto así como en cuanto al régimen de su cancelación anticipada. Asimismo, interesa la declaración de nulidad de los contratos “por falta de claridad en su clausulado al utilizar términos inadecuados produciendo error por falta de información suficiente, adecuada, precisa y clara”; y la condena del banco a devolver las cantidades cobradas indebidamente durante la vigencia del contrato; más intereses y costas. Estas pretensiones son calificadas por los órganos de primera y segunda instancia como una demanda de nulidad por vicio del consentimiento<sup>10</sup>.

10. El debate se centra, de esta manera, en torno a si el cliente padeció o no un vicio del consentimiento al contratar las permutas financieras de tipos de interés<sup>11</sup>. En términos del TS

---

<sup>8</sup> En esta medida, habrá que ver cuál es la posición del TS en relación a los supuestos sometidos a la normativa *MiFID*, habida cuenta de que en ella los deberes en materia de información que se imponen a las empresas de servicios de inversión son bastante más intensos que en la disciplina precedente.

<sup>9</sup> Según la Audiencia (FD 3º), “Otro extremo fáctico de previa y necesaria concreción es la razón y finalidad de los contratos de permuta de interés suscritos. Se enmarcan éstos dentro de la actividad de hostelería desarrollada por el actor y, más en concreto, están en relación con las obligaciones asumidas por la parte para la financiación de la construcción de un establecimiento hotelero siendo la finalidad perseguida con los contratos de permuta “amortiguar”, en expresión del legal representante del actor, los efectos financieros negativos que pudieran derivarse de una subida del tipo de interés, finalidad que, con sus declaraciones, confirmaron también los predichos testigos”.

<sup>10</sup>En las palabras del TS (FD 1º), “No obstante, la falta de precisión del contenido del escrito, determinó al Tribunal de apelación, como antes había hecho el Juzgado de Primera Instancia, a interpretarlo y a declarar que la cuestión litigiosa planteada por la demandante consistía, exclusivamente, en decidir si debían ser anulados los dos contratos, por haber prestado la demandante el consentimiento viciado por error, y, en su caso, en determinar las consecuencias del éxito de la pretendida anulación. Ese dilema lo resolvió el Juzgado de Primera Instancia con una sentencia desestimatoria de la demanda. Por el contrario, la Audiencia Provincial estimó la pretensión reproducida [...] y anuló los contratos, con la condena de[ ] banco... ] a la restitución de lo percibido con causa en ellos”.

<sup>11</sup> El banco, recurrente en casación, hace valer dos motivos. Primero, la infracción de los arts. 1265 y 1266 CC, en relación con el artículo 79 LMV y el Real Decreto 629/1993 y la jurisprudencia que los interpreta (el TS no llega a examinarlo ya que inicia su análisis en relación con el segundo motivo y, al acordar la estimación del recurso, no llega a entrar en el estudio del primero). Segundo, la infracción de los arts. 1265 y 1266 CC y de la jurisprudencia que los interpreta.

(FD 2º), la Audiencia “localizó el error vicio padecido por [el cliente] -en el sentido de formación de su voluntad defectuosamente a causa de un conocimiento equivocado o un desconocimiento de la realidad - en una creencia inexacta sobre los resultados económicos de los contratos. En concreto, declaró que la causa del error fue la insuficiente información suministrada por [el banco] sobre dichas consecuencias”. Según el tribunal de apelación, la información que hubiera resultado relevante para el cliente y fue omitida por la entidad de crédito fue “la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial” (subrayado nuestro), única con la que “el cliente puede valorar con conocimiento de causa si la oferta del banco, en las condiciones de tipos de interés, periodo y cálculo propuestas, satisface o no a su interés”. Más concretamente, el error se habría referido al cambio de circunstancias acaecido “en el segundo semestre del año dos mil seis”, momento en que el Euribor “sufrió una fluctuación al alza que motivó los desproporcionados resultados negativos sufridos por el recurrente”<sup>12</sup>.

11. Estos razonamientos de la Audiencia (y los reproches que contienen hacia el banco) no aciertan a captar la mecánica y función de un swap de tipos de interés como el enjuiciado. En cualquier caso, el TS (FD 2º) casa la sentencia de apelación dentro del marco estricto de la doctrina del error como vicio del consentimiento contractual, sin entrar directamente en el análisis de la naturaleza y finalidades del derivado financiero<sup>13</sup>. Nos permitiremos reordenar, en cierta medida, los diversos argumentos utilizados.
12. En primer lugar, dice el TS, la sentencia de la Audiencia no concreta cuál fue el error supuestamente padecido por el cliente<sup>14</sup>. Más allá de que lo concrete más o menos, parece que la Audiencia califica como “error” a algo (la falta de información por parte del banco al cliente acerca de la futura evolución de los tipos de interés) que, en el contexto de una permuta financiera de tipos de interés, no puede tener tal consideración jurídica<sup>15</sup>. Precisamente el derivado financiero se contrata para cubrirse, en cierta medida, frente al riesgo que supone la incertidumbre sobre la futura evolución de tipos de interés<sup>16</sup>. No hubo, por lo demás, por parte

---

<sup>12</sup> Según señala la sentencia de la Audiencia Provincial (FD 1º), “en el cómputo global, de acuerdo con los intereses de permuta pactados, resultó favorecida la entidad bancaria frente al cliente al producirse a partir del año 2.006 una subida generalizada de los tipos de interés y es en atención a este hecho que el actor demanda a la entidad bancaria reprochándole defectuoso cumplimiento de su deber de información frente al cliente (el actor), falta de claridad del clausulado del contrato utilizando términos inadecuados, poco precisos y claros que, al fin, determinaron el error del accionante al consentir” (subrayado nuestro).

<sup>13</sup> Aunque parece realizarse un breve apunte sobre la cuestión al decirse: “Por último, no se expresa en la repetida sentencia, al menos con la claridad precisa para entender bien anulado un contrato, que el error supuestamente sufrido por [el cliente] sobre la fluctuación al alza del Euribor en el segundo semestre del año dos mil seis fuera contradictorio con la reglamentación creada con la perfección o génesis de los contratos”.

<sup>14</sup> Según el TS, “la sentencia recurrida no contiene datos -que no sean generales sobre los requisitos del error para invalidar el contrato -, al margen del señalado defecto de información adecuada, que permitan identificar, en su esencia y requisitos, la anómala formación de la voluntad de [cliente] en el momento de contratar”.

<sup>15</sup> A menos que el banco tuviese a su alcance los medios o antecedentes necesarios para ofrecer al cliente dicha información, lo cual no es el caso.

<sup>16</sup> No parece necesario analizar aquí la doctrina del Tribunal Supremo sobre el error, que la sentencia comentada expone con cierta amplitud (FD 4º): “Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea”. Por ello, 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. Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer - además de sobre la persona, en

del banco, advierte el Tribunal Supremo, “una ocultación maliciosa de tal información, en cuyo caso debería hablarse de dolo omisivo”.

13. En segundo término, “aunque en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba, no es correcta una equiparación, sin matices, entre uno y otro, al menos en términos absolutos”. Por lo demás, advierte con acierto el Supremo, el órgano de apelación no repara en que el error sólo invalida el contrato si la equivocación que determina la voluntad negocial se produce en el momento de su perfección, no si recae sobre una variación de los hechos posterior a la mera prestación del consentimiento (el abrupto movimiento de los tipos producido unos meses después de la contratación de los derivados)<sup>17</sup>.
14. En tercer lugar, prosigue el TS (FD 4º), “el error ha de ser, además de relevante, excusable”. En efecto, “La jurisprudencia [...] exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida”<sup>18</sup>. El razonamiento resulta impecable, sin perjuicio de que habrá que ver caso por caso hasta dónde llega la inexcusabilidad y dónde comienza la excusabilidad a estos efectos. En este sentido, parece que si el error del cliente acerca de las presuposiciones contractuales resultase conocido o reconocible por la entidad de crédito, podríamos encontrarnos ante un error excusable.
15. Como cuarta y última consideración, debe observarse que la demanda pretende “la anulación de los contratos litigiosos por la concurrencia del repetido vicio, no la declaración de nulidad por la

---

determinados casos - sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo - sentencias de, 4 de enero de 1982, 295/1994, de 29 de marzo, entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil -. Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa”. Por ello, “el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia” (subrayado nuestro). Dice además la sentencia: “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”. Es decir, “las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997, entre otras -. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano” (subrayado nuestro).

<sup>17</sup> Lo anterior, a nuestro parecer, debe entenderse sin perjuicio de los casos hipotéticos en los que pueda concurrir dolo omisivo en la entidad de crédito (esto es, conocimiento de la probable evolución de los tipos de interés), en los que sí podría proceder la anulación por tal déficit informativo.

<sup>18</sup> Insiste la propia Sala Primera del TS en el requisito de la excusabilidad del error en otra sentencia muy reciente (sentencia nº 660/2012 de 15 de noviembre de 2012) del mismo ponente y referida a un supuesto de productos financieros estructurados adquiridos por los clientes mediante apalancamiento (FD 4º).

supuesta infracción de normas imperativas relativas a la información que debía proporcionar la entidad de crédito a su cliente; ni la declaración de una ineficacia sobrevenida de los contratos por la desaparición *ex post* de sus causas concretas por una alteración de las circunstancias tomadas en consideración como base del resultado empírico perseguido por ambas partes con ellos”. Aquí llegamos a una de las cuestiones que nos parece de mayor calado. En efecto, la batalla contra los bancos se ha planteado con frecuencia, por parte de los clientes, al amparo de las clásicas acciones de nulidad por vicio del consentimiento, habiéndose desechado otras vías como las que apunta la Sala Primera, acaso más prometedoras aunque ciertamente mucho menos trilladas por los diversos profesionales involucrados (abogados, jueces). Singularmente, habría que referirse aquí a las fundadas en la infracción de las disposiciones imperativas que regulan la contratación de instrumentos financieros, en especial en cuanto al deber de la entidad de informar al cliente y de informarse sobre éste (normativa *MiFID* y, antes de ella, la contenida en el RD 629/1993, de 3 de mayo).

#### IV. CONCLUSIONES

16. Del estudio de estas sentencias, nos permitimos deducir algunas conclusiones que, en el futuro, habrá que ir afinando a medida que vayan recayendo más pronunciamientos: i) La resolución dictada en materia de repercusión al cliente de los gastos generados por la extinción anticipada del *swap* de tipos de interés constituye una aplicación al caso concreto de las reglas generales del Código Civil sobre interpretación de los contratos. Por consiguiente, la posición del TS sobre el fondo de la cuestión permanece, por el momento, imprejuizada. ii) La que no aprecia la concurrencia en el cliente de un verdadero error constitutivo de un vicio del consentimiento contractual nos parece fundada habida cuenta de cuál fue el planteamiento asumido por la actora y, sobre todo, por la sentencia de apelación. iii) Ninguna de las dos ha debido acometer algunas de las cuestiones que mayor atención han recibido en la “jurisprudencia menor”, como es el caso de los defectos informativos producidos en la fase precontractual a propósito de la naturaleza del instrumento financiero y de los riesgos que entraña para el cliente. En definitiva, queda pendiente un análisis de todos estos problemas a la luz de la normativa *MiFID*, en especial teniendo en cuenta su eficacia imperativa y el efecto de nulidad de los contratos que, dándose los necesarios requisitos, deberá acarrear su contravención.