



Roj: **STS 2157/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2157**

Id Cendoj: **28079110012017100335**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/06/2017**

Nº de Recurso: **1709/2014**

Nº de Resolución: **347/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 6471/2014,**  
**STS 2157/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 1 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 135/2014 de 8 de abril, dictada en grado de apelación por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1441/2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Madrid. Sobre nulidad contractual. El recurso fue interpuesto por la Asociación Syasbro (Servicios y Asistencia Sociocultural Buscando Resultados Óptimos), representada por la procuradora D<sup>a</sup> María Jesús González Díez y asistida por el letrado D. Oscar Monje Balmaseda. Es parte recurrida Bankia S.A., representada por el procurador D. Francisco José Abajo Abril y asistida por el letrado D. Ignacio del Barrio Hernández.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

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

1.- La procuradora D<sup>a</sup> María Jesús González Díez, en nombre y representación de Asociación Syasbro, interpuso demanda de juicio ordinario contra Caja Madrid (en la actualidad, Bankia S.A.) en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que, estimando la demanda:

»- Se declare nulo, y subsidiariamente, se proceda a su anulación, el contrato denominado "Contrato Marco de Compensación Contractual" de 25 de abril de 2008 firmado entre Caja Madrid y Syasbro.

»- Se dejen sin efecto las liquidaciones efectuadas al amparo de dicho contrato así como las que se devenguen en el futuro en virtud de dicho contrato, y acuerde proceder a la devolución por parte de la entidad demandada de las cantidades correspondientes a los cargos efectuados, y que a día de la fecha ascienden a un total de 52.699,85 €, más los intereses que en su caso correspondan.

»- Y todo ello, con expresa imposición de costas a los demandados».

2.- La demanda fue presentada el 11 de octubre de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Madrid, fue registrada con el núm. 1441/2011. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La representación de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (Bankia), contestó a la demanda, solicitó su desestimación y la expresa imposición de costas a la actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Jueza del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Madrid, dictó sentencia núm. 163/2013 de 16 de julio, con la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando la demanda interpuesta por Asociación Syasbro contra Caja Madrid (ahora Bankia) debo declarar y declaro la validez del Contrato Marco de Compensación Contractual suscrito entre los litigantes en fecha 25-4-08, sin condenar a la parte demandada a devolución alguna de los cargos efectuados ni a dejar sin efecto las liquidaciones efectuadas o que se efectúen en el futuro con expresa imposición de costas a la parte actora».

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la Asociación Syasbro. La representación de Bankia S.A. se opuso al recurso interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 765/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 135/2014 en fecha 8 de abril de 2014, cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: En méritos de lo expuesto, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad «Bankia, SA» frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de los de Madrid en fecha 16 de julio de 2013 en los autos de proceso de declaración seguidos ante dicho órgano por los trámites del procedimiento ordinario con el núm. 1441/2011, procede:

»1º. Confirmar la parte dispositiva de la expresa resolución.

»2º. Condenar a la parte recurrente vencida al pago de las costas ocasionadas en la sustanciación de esta alzada.

»3º. Acordar la pérdida por la parte recurrente del depósito constituido para recurrir».

Con fecha 30 de abril de 2014, la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«Que estimando la petición formulada por la Procuradora Doña María Jesús González Díez, en representación de la mercantil Asociación Syasbro, se acuerda aclarar la sentencia dictada por esta Sala en fecha 8 de abril de 2014, declarando que en el Fallo de la misma debe decir: "En méritos de lo expuesto con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la mercantil "Asociación Syasbro" frente a la sentencia dictada por el juzgado de Primera Instancia núm. 9 de los de Madrid..."».

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

1.- La procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Jesús González Díez, en representación de la Asociación Syasbro, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción del artículo 5.5 de la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación.

»Segundo.- Infracción de los artículos 78 bis y 79 bis de la Ley 47/2007 de 19 de diciembre por la que se modificó la Ley del Mercado de Valores.

»Tercero.- Infracción del RD 217/2008 de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión.

»Cuarto.- Infracción del artículo 1265 y 1266 del Código Civil ».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 29 de junio de 2016, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Bankia S.A. presentó escrito de oposición al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 18 de mayo de 2017, en que ha tenido lugar.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** *Resumen de antecedentes.-*



- 1.- La Asociación Syasbro (Servicios y Asistencia Sociocultural Buscando Resultados Óptimos) -en adelante, Syasbro-, concertó entre 2005 y 2008 diversos contratos mercantiles bancarios con Caja Madrid, como una póliza de crédito para la negociación de documentos y créditos mercantiles, por importe de 700.000 ?; o un contrato de cobertura de fianzas- avales para la licitación pública, por importe de 100.000 ?.
- 2.- El 25 de abril de 2008 se firmó entre las mismas partes un contrato marco de compensación contractual. Y el 2 de junio siguiente, un documento de confirmación de operaciones derivadas (swap), con un nocional de 800.000 ?, fecha de inicio el 30 de junio de 2008, fecha de vencimiento el 30 de junio de 2011 y liquidaciones semestrales.
- 3.- Durante la ejecución del contrato se giraron liquidaciones negativas para el cliente por importe total de 52.699,85 ?.
- 4.- Syasbro formuló una demanda contra Bankia, en la que solicitaba la nulidad de los mencionados contratos por falta de causa, y subsidiariamente, su anulabilidad por vicio del consentimiento, con restitución de las liquidaciones negativas abonadas. Tras la oposición de la demandada, el juzgado dictó sentencia en la que consideró resumidamente que: (i) La demandante es una asociación que cuenta con un importante departamento financiero; (ii) Ha contratado multitud de cuentas, líneas de descuento y depósitos a plazo fijo; (iii) No puede considerar que lo contratado era un seguro, porque ya había contratado un producto semejante con otra entidad financiera; (iv) No puede haber engaño si la entidad actora ha mantenido su relación comercial con la demandada. En su virtud, no consideró que hubiese falta de causa o error en el consentimiento y desestimó la demanda.
- 5.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad demandante, fue desestimado por la Audiencia Provincial, por las siguientes y resumidas razones: (i) La demandante no es consumidora; (ii) Había contratado con anterioridad un producto semejante con otra entidad; (iii) Que no se realizaran los test de conveniencia e idoneidad es irrelevante, dada la experiencia de la demandante, al haber contratado previamente un producto análogo; (iv) La omisión de información sobre las previsiones de un comportamiento futuro del tipo de interés no era reprochable a la entidad financiera; (v) El producto contratado no es un seguro. Como consecuencia de lo cual, confirmó la sentencia de primera instancia.

**SEGUNDO.-** *Recurso de casación. Admisibilidad.*

1.- El recurso de casación por interés casacional se formula en cuatro motivos. En el primero, se denuncia infracción del art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC).

En el segundo, se alega infracción de los arts. 78 bis y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores (LMV).

En el tercero, se alega la vulneración del art. 72 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión.

Y en el motivo cuarto, infracción de los arts. 1265 y 1266 CC.

2.- Al oponerse al recurso de casación, la parte recurrida solicitó la inadmisión del recurso, por tres razones fundamentales: (i) No se justifica el interés casacional por contradicción entre diversas sentencias de Audiencias Provinciales, ni por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo; (ii) La alegación de infracción del art. 5.5 LCGC es novedosa y en todo caso, su enjuiciamiento correspondería a los juzgados de lo mercantil; (iii) No resultan aplicables los arts. 78 bis y 79 bis LMV, porque no hubo asesoramiento en materia de inversiones.

3.- Respecto de la primera objeción, el recurso de casación identifica en el encabezamiento de sus motivos las normas jurídicas supuestamente infringidas y las relaciona con la ausencia de la debida información sobre la naturaleza y riesgos de los productos financieros objeto de litigio. A su vez, el interés casacional es evidente a la vista de cómo se ha planteado el problema ante las distintas Audiencias Provinciales, con líneas de decisión diferentes, y como ha resuelto el Tribunal Supremo, cuyas sentencias también se invocan como infringidas. Lo cual ha permitido que la parte recurrida pueda haberse opuesto adecuadamente al recurso, sabiendo cuáles eran las cuestiones relevantes, y que el tribunal haya podido abordar las cuestiones jurídicas planteadas.

En cuanto a la supuesta novedad de la invocación del art. 5.5 LCGC, en la demanda se hacía referencia expresa a dicho precepto, por lo que no se introduce una alegación nueva ni sorpresiva. Tampoco se solicita la nulidad contractual con base en esa norma, sino que, con cita expresa del art. 1266 CC, se argumenta que la falta de claridad, concreción y sencillez de las condiciones generales del contrato impugnado inducen a error al cliente, lo que ya se postulaba en la demanda.

Y en lo que atañe a la aplicabilidad de los arts. 78 bis y 79 bis LMV, dicha cuestión es de fondo y no puede erigirse en motivo de inadmisión, sino de oposición al recurso.



**TERCERO.-** *Primer motivo del recurso de casación. Control de incorporación de condiciones generales de la contratación.*

*Planteamiento :*

1.- Syasbro formuló un primer motivo de casación, en el que alegó infracción del art. 5.5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

2.- En el desarrollo del motivo, se aduce, resumidamente, que las condiciones generales en las que se definen las características esenciales del producto financiero ofertado a la recurrente no cumplen en su redacción los requisitos de transparencia, claridad, concreción y sencillez que exige el mencionado precepto legal. Y la sentencia no solo no tiene en cuenta tal exigencia, sino que carga la responsabilidad del deber de información al propio cliente.

*Decisión de la Sala :*

1.- La contratación con condiciones generales implica una especial forma de contratar en la que una de las partes en el contrato predetermina el contenido contractual excluyendo a la otra de la elaboración de dicho contenido. Dentro de los controles que sobre las condiciones generales establece la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, el de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos formales para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. No obstante, pese a que la transparencia se incluya en el ámbito de la claridad y comprensibilidad de una cláusula (art. 5.5 LCGC), el control de incorporación y el control de transparencia son diferentes, puesto que, como viene desarrollando conceptualmente la jurisprudencia de esta Sala, una cláusula puede ser clara y comprensible y sin embargo determinar que su referencia a la carga económica y jurídica del contrato, es decir, lo que representa el contrato para el consumidor, no sea transparente.

2.- Sobre tales bases, no se justifica en el motivo cuáles serían las cláusulas del contrato cuya redacción no fuera comprensible. Y respecto de la transparencia, a partir de la sentencia del Pleno de esta Sala 367/2016, de 3 de junio, la jurisprudencia excluye el control de transparencia material o cualificada en los contratos celebrados con no consumidores, como es el caso.

3.- Realmente, lo que se plantea en el motivo es un problema conexo con la transparencia, que es la suficiencia de la información ofrecida al cliente sobre las características y riesgos del producto financiero ofertado por la entidad de servicios de inversión. Pero, como dijimos en la sentencia 131/2017, de 27 de febrero, esa cuestión no tiene su genuino campo de tratamiento en sede de condiciones generales de la contratación, sino en la normativa del mercado de valores, y específicamente, en atención a la fecha del contrato, en la normativa MiFID. Por lo que este primer motivo de casación debe ser desestimado, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre la suficiencia de la información al abordar el resto de motivos planteados.

**CUARTO.-** *Motivos de casación segundo a cuarto. Planteamiento y resolución conjunta.*

1.- El motivo segundo de casación denuncia infracción de los arts. 78 bis y 79 de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, LMV). El tercero, infracción del Real Decreto 217/2008, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión. Y el cuarto, infracción de los arts. 1265 y 1266 CC.

2.- En la medida que, conforme a jurisprudencia reiterada de esta Sala, el incumplimiento de los deberes legales de información hace presumir el error en el consentimiento, se resolverán conjuntamente.

**QUINTO.-** *Las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera posteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.*

1.- La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa «MiFID» (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés Markets in Financial Instruments Directive), que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión.

2.- Tras la reforma, se obliga a las entidades financieras a clasificar a sus clientes como minoristas o profesionales (art. 78 bis LMV). Y si se encuadran en la primera categoría, a asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos y a suministrarles información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan (art. 79 bis LMV). Asimismo, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades



que prestan servicios de inversión establece en sus arts. 72 a 74 que las entidades que presten servicios de inversión deben: (i) Evaluar la idoneidad y conveniencia para el cliente del producto ofrecido, en función de sus conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al mismo; (ii) La información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos sobre: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente; b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado; c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes; (iii) En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información legalmente exigible.

Es decir, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), y su normativa reglamentaria de desarrollo, acentuó la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesa sobre la entidad recurrente no se limita a cerciorarse de que el cliente minorista conoce bien en qué consistía el producto que contrata y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debe evaluar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que más le conviene ( sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 102/21016, de 25 de febrero).

**SEXTO.-** *Jurisprudencia sobre el incumplimiento de las obligaciones de información y su incidencia en el error vicio. Aplicación al caso litigioso.*

1.- Son ya múltiples las sentencias de esta Sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido nos atenderemos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de swap, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo ( sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 491/2015, de 15 de septiembre ; así como las sentencias 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio ; 387/2014, de 8 de julio ; 458/2014, de 8 de septiembre ; 460/2014, de 10 de septiembre ; 110/2015, de 26 de febrero ; 563/2015, de 15 de octubre ; 547/2015, de 20 de octubre ; 562/2015, de 27 de octubre ; 595/2015, de 30 de octubre ; 588/2015, de 10 de noviembre ; 623/2015, de 24 de noviembre ; 675/2015, de 25 de noviembre ; 631/2015, de 26 de noviembre ; 676/2015, de 30 de noviembre ; 670/2015, de 9 de diciembre ; 691/2015, de 10 de diciembre ; 692/2015, de 10 de diciembre ; 741/2015, de 17 de diciembre ; 742/2015, de 18 de diciembre ; 747/2015, de 29 de diciembre ; 32/2016, de 4 de febrero ; 63/2016, de 12 de febrero ; 195/2016, de 29 de marzo ; 235/2016, de 8 de abril ; 310/2016, de 11 de mayo ; 510/2016, de 20 de julio ; 580/2016, de 30 de julio ; 595/2016, de 5 de octubre ; 690/2016, de 23 de noviembre ; 727/2016, de 19 de diciembre ; y 131/2017, de 27 de febrero ).

2.- En este caso, si partimos de los propios hechos acreditados en la instancia, no puede apreciarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración del contrato litigioso; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala, en los términos expuestos. En particular, la Audiencia Provincial, pese a incluir en la sentencia una prolija relación de hechos probados, no llega a afirmar que se ofreciera información al cliente, sino que únicamente presume que, como se trata de un grupo empresarial con cierta relevancia en el tráfico mercantil, que se dedicaba a la contratación de servicios con la administración y que ya había contratado antes otro producto similar con otra entidad, debería tener conocimientos financieros suficientes para entender el producto.

En todo caso, lo más significativo es que no se da como probado que el cliente fuera debidamente informado y advertido, expresa y suficientemente, con antelación suficiente, sobre los riesgos asociados a la posibilidad de liquidaciones negativas, ni tampoco sobre la posibilidad de un elevado coste de cancelación anticipada, ya que no se hace mención al riesgo de bajadas abruptas y continuadas del euríbor. Al contrario, pese a recoger como probada la conclusión pericial de que el producto (tipo *collar* ) únicamente cubre ante las subidas de interés y es bastante gravoso en caso de bajada, nada valora al respecto en cuanto a la información sobre los riesgos.

En suma, los propios datos que toma en consideración la sentencia recurrida son insuficientes para entender cumplido el estándar de información exigible. Por lo que no puede compartirse que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales.

Según dijimos en las sentencias núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 676/2015, de 30 de noviembre , es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación -activa y no de mera disponibilidad- de facilitar la





información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

Y en cuanto al aviso genérico sobre la existencia de riesgos, como dijimos en la sentencia núm. 195/2016, de 29 de marzo, y hemos reiterados en otras muchas posteriores, no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato de swap, la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y se requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente, como son los que se concretaron posteriormente en las elevadas liquidaciones negativas practicadas, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (sentencias núm. 689/2015, de 16 de diciembre, y 31/2016, de 4 de febrero). Como hemos dicho en múltiples resoluciones, no basta una mera ilustración sobre lo obvio, es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés.

**3.-** El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de bajada continuada de los tipos de interés y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la sentencia del Pleno de esta Sala 1ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, «esa ausencia de información permite presumir el error». No se trata de que Bankia pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada.

**4.-** En contra de lo que se afirma en el escrito de oposición al recurso, la entidad recurrida prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

A su vez, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

**5.-** Habida cuenta que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia uniforme de esta Sala en materia de información y prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera, debe prosperar el recurso de casación, anularse la sentencia recurrida, y estimar el recurso de apelación interpuesto por la demandante, a fin de estimar la demanda. Si bien, únicamente debe declararse la nulidad del contrato de permuta financiera, puesto que el contrato marco de compensación es un contrato marco que, a estos efectos, no tiene virtualidad propia por sí mismo.

#### **SÉPTIMO.-** Costas y depósitos.

**1.-** La estimación del recurso de casación supone estimación del recurso de apelación, por lo que no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por ninguno de ellos, conforme previene el art. 398.2 LEC.

**2.-** Como quiera que, a su vez, la estimación del recurso de apelación conlleva la estimación sustancial de la demanda (la desestimación respecto de la pretensión de nulidad del CMOF no afecta al núcleo de la cuestión litigiosa), deben imponerse las costas de primera instancia a la parte demandada, según establece el art. 394.1 LEC.

**3.-** Procede acordar también la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª LOPJ.



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

**esta sala ha decidido**

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la Asociación Syasbro (Servicios y Asistencia Sociocultural Buscando Resultados Óptimos) contra la sentencia núm. 135/2014, de 8 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, en el recurso de apelación núm. 765/2013 . 2.º- Casar y anular dicha sentencia y, en su lugar, estimar el recurso de apelación interpuesto por la Asociación Syasbro contra la sentencia núm. 163/2013, de 16 de julio, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Madrid , en el juicio ordinario núm. 1441/2011, que revocamos y dejamos sin efecto. 3.º- Estimar la demanda formulada por la Asociación Syasbro contra Bankia S.A. y declarar la nulidad del contrato de confirmación de operaciones de derivados (permuta financiera) celebrado entre las partes el 2 de junio de 2008, con restitución recíproca de las prestaciones y devolución de las cantidades percibidas, con sus intereses legales desde la fecha de abono. 4.º- No haber lugar a la imposición de las costas causadas por los recursos de apelación y casación. 5.º- Condenar a Bankia S.A. al pago de las costas de la primera instancia. 6.º- Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y casación. Librese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.