



Roj: **STS 3710/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3710**

Id Cendoj: **28079110012016100499**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/07/2016**

Nº de Recurso: **909/2013**

Nº de Resolución: **510/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 2611/2013,**
STS 3710/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 20 de julio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Motor Tres Cantos S.A., representada por el procurador D. Guillermo García San Miguel Hoover, bajo la dirección letrada de D. Arsenio ; contra la sentencia dictada el 25 de febrero de 2013, por la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 95/2012 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 2350/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 59 de Madrid. Ha sido parte recurrida Banco de Santander S.A., representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de D. Ramón Entrena Cuesta.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Guillermo García San Miguel Hoover, en nombre y representación de Tres Cantos S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco de Santander S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«declarando la nulidad radical del citado contrato SWAP, con la retrocesión de todas las liquidaciones practicadas desde el inicio y devolución de las mismas a mi representada (con compensación de las positivas)».

2.- La demanda fue presentada el 5 de noviembre de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 59 de Madrid y fue registrada con el núm. 2350/2010 . Una vez admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Eduardo Codes Feijoo, en representación de Banco de Santander S.A, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas en todo caso a la demandante».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 59 de Madrid dictó sentencia núm. 264/2011, de 19 de noviembre , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que desestimando como desestimo la demanda formulada por el Procurador Sr. García San Miguel Hoover en representación de la entidad Motor Tres Cantos S.A., debo absolver y absuelvo a la demandada Banco de Santander S.A. de toda responsabilidad civil derivada de las presentes actuaciones condenando a

la demandante al abono de las costas procesales devengadas en la tramitación del procedimiento en esta instancia».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Motor Tres Cantos S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 95/2012 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia, de fecha 25 de febrero de 2013, cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de "Motor Tres Cantos S.A.", contra la sentencia de fecha 19 de noviembre de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 59 de los de Madrid, en los autos de Procedimiento Ordinario nº 2350/2010, la cual se confirma íntegramente imponiendo las costas causadas en esta alzada a los apelantes y con pérdida del depósito constituido para recurrir».

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

1.- El procurador D. Guillermo García San Miguel Hoover, en representación de Motor Tres Cantos S.A., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Vulneración de las siguientes formas sustantivas, en concreto de los artículos 1088, 1091, 1254, siguientes y concordantes del Código Civil, y en especial 1258, 1265, 1266, 1269, 1300 y 1301; del artículo 79, siguientes y concordantes de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores; del RD 629/1993, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, y de los artículos 60, siguientes y concordantes del 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.

Segundo.- Existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Tercero.- Necesidad de fijación por el Tribunal Supremo de la correcta interpretación de la norma que se considera infringida por no llevar más de cinco años en vigor».

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 esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 4 de abril de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil Motor Tres Cantos, S.A. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 25 de febrero de 2013, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20.ª, en el rollo de apelación n.º 95/2012, dimanante del juicio ordinario n.º 2350/2010, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 59 de Madrid».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 27 de mayo de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 14 de julio de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- El 18 de julio de 2008, la compañía mercantil Motor Tres Cantos, S.A. y Banco Santander, S.A., suscribieron una póliza de crédito, denominada «Crédito personal a tipo variable-pymes», con un límite de 120.000 ? y vencimiento el 18 de julio de 2009.

2.- El 17 de julio de 2008, las mismas partes habían suscrito un contrato marco de operaciones financieras, CMOF, para realización de distintas operaciones, entre ellas, permutas financieras.

3.- Al día siguiente (misma fecha de la póliza de crédito), se concertó un contrato denominado «confirmación de permuta financiera de tipo de interés (swap flotante bonificado)», con un nominal de 1.000.000 ?, fecha de



inicio 21 de julio de 2008, fecha de vencimiento 21 de julio de 2011, frecuencia de liquidación mensual, tipo fijo 5,14%, tipo cap 6,85%, tipo barrera inferior 4,62% y diferencial 0,15%.

4.- Cuando el cliente constató la existencia de liquidaciones negativas, intentó la cancelación del producto, siendo informado por la entidad financiera que el coste de la cancelación sería de 53.015,26 ?.

5.- Motor Tres Cantos, S.A. formuló demanda contra Banco Santander, en la que solicitaba la nulidad del contrato de swap, con retrocesión y compensación de todas las liquidaciones practicadas. Tras la oposición de la demandada, el juzgado dictó sentencia en la que consideró resumidamente: (i) La entidad financiera informó tanto al representante de la actora, como a su director financiero, de las características del producto, con las previsiones de la curva de intereses, que indicaban subidas a seis meses o un año, de su funcionamiento y de la posibilidad de cancelación anticipada; (ii) El producto no era un seguro de cobertura ante las subidas de los tipos de interés; (iii) No cabe apreciar que hubiera error en el consentimiento, ni que la actora hubiera sido coaccionada o intimidada. Razones por las cuales desestimó la demanda.

6.- Interpuesto recurso de apelación por la empresa demandante, fue desestimado por la Audiencia Provincial, por las siguientes y resumidas razones: (i) Dada la fecha de celebración del contrato, le es aplicable la normativa posterior a la trasposición de la Directiva MiFID; (ii) La entidad financiera ofreció información suficiente y el cliente conocía lo que firmaba, tras mantener varias reuniones con empleados del banco; (iii) El gerente y el jefe de administración de Motor Tres Cantos tienen cualificación suficiente para comprender el alcance y elementos esenciales del producto; (iv) Al tratarse de un producto aleatorio, el cliente aceptaba los riesgos propios del mismo; (v) No hubo error en el consentimiento, que en todo caso no hubiera sido excusable; (vi) Tampoco se aprecia la concurrencia de dolo omisivo reticente por parte de la entidad financiera. Como consecuencia de lo cual, confirmó la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO.- Recurso de casación. Planteamiento y admisibilidad del recurso.

1.- Motor Tres Cantos interpuso recurso de casación contra dicha sentencia, al amparo del art. 477.2.3º LEC, basado en tres motivos, de los cuales el primero y el tercero denuncian las infracciones legales que se alegan, mientras que el segundo intenta justificar la existencia de interés casacional.

2.- Al oponerse al recurso, Banco Santander alega su inadmisibilidad, porque no respeta la base fáctica de la sentencia, no justifica que la resolución recurrida se oponga a la jurisprudencia invocada y no ataca argumentos decisivos de la sentencia, sino únicamente razonamientos efectuados a mayor abundamiento.

3.- Es cierto que el recurso interpuesto no es precisamente un modelo de técnica casacional, pero ello no significa que sea inadmisibile, porque se adapta a la finalidad de los requisitos exigidos para el recurso de casación: que el control que se realice por el Tribunal Supremo recaiga sobre cuestiones de naturaleza jurídica, no fáctica, dirigida a la correcta interpretación de las normas legales, que permita establecer una doctrina jurisprudencial sobre tales preceptos. Lo que exige la delimitación suficiente del problema jurídico sometido a la Sala, que permita también que la parte recurrida pueda realizar alegaciones en su defensa.

4.- En el presente caso, la expresión de los argumentos de la sentencia de la Audiencia Provincial en los que el recurrente considera que se condensa la infracción cometida, la referencia a los preceptos legales y reglamentarios que se consideran vulnerados, así como la constatación de la existencia de pronunciamientos judiciales contradictorios, permite considerar cumplidos los requisitos de acceso al recurso de casación, por lo que los defectos de formulación casacional no pueden erigirse en obstáculos insalvables para la admisión del recurso. Sobre estas cuestiones de admisibilidad, la Sala fijó criterio en su Auto de Pleno de 6 de noviembre de 2013 - recurso n.º 485/2012- (acogido posteriormente, entre otras, en sentencias núm. 351/2015, de 15 de junio, y 676/2015, de 30 de noviembre) y que ahora reproducimos en los aspectos relevantes para resolver la cuestión suscitada:

«2.- Con carácter general, el tratamiento que ha de darse a la alegación por los recurridos de causas de inadmisión en un recurso de casación o extraordinario por infracción procesal es diferente según que esas causas de inadmisión puedan considerarse "absolutas" ("notorias" las llama el Ministerio Fiscal en su escrito) o no puedan tener tal consideración. Si la parte recurrida alega la concurrencia de una causa de inadmisión del recurso que pueda considerarse "absoluta", como puede ser el carácter irrecurrible en casación e infracción procesal de la resolución (tal es el caso de la práctica totalidad de los autos), el transcurso del plazo para recurrir o la cuantía insuficiente si se recurre en casación por la vía del 477.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal alegación, de presentar un mínimo de consistencia, exige ineludiblemente una respuesta específica por parte del Tribunal. Se trata de lo que el Tribunal Constitucional ha calificado en alguna ocasión como "pretensión autónoma de inadmisibilidad" que no puede considerarse resuelta, siquiera de forma tácita, por el hecho de que el Tribunal haya dictado auto de admisión del recurso y, posteriormente, haya dictado sentencia



resolviendo el recurso, pues exige una respuesta expresa y adecuadamente motivada, al versar sobre un presupuesto de orden público.

»3. - Junto a estas causas de inadmisión de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que hemos calificado como "absolutas" se encuentran las que no presentan este carácter, pues se refieren a cuestiones de técnica casacional y, en el caso de haberse utilizado la vía del art. 477.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuestiones de interés casacional. Sobre estas causas de inadmisión, el criterio rector ha de ser la evitación de los formalismos enervantes que, con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, supongan la vulneración del derecho de tutela efectiva, ponderando la relevancia de la irregularidad procesal, la entidad del defecto, la incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, la trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, y la voluntad y el grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado (SSTC 45/2002, de 25 de febrero, 12/2003, de 28 de enero, 182/2003, de 20 de octubre y sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 200/2009, de 30 de marzo, y núm. 329/2010, de 25 de mayo). En definitiva, no puede pasar la fase de admisión un recurso vacío de contenido, por más que cubra una apariencia de cumplimiento de los requisitos de tales recursos, pero tampoco deberá ser inadmitido un recurso que, al margen de elementos formales irrelevantes, o en todo caso secundarios, plantee con la suficiente claridad un problema jurídico sustantivo que presente, desde un análisis razonable y objetivo, interés casacional. Como declara la sentencia de esta Sala núm. 439/2013, de 25 de junio, puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia».

5.- Si a ello sumamos que las alegaciones expuestas en el escrito de oposición al recurso de casación muestran que la recurrida ha tenido conocimiento adecuado de cuál es la cuestión jurídica planteada en el recurso, cuál es la infracción legal denunciada, y ha podido realizar las alegaciones en su defensa que ha considerado convenientes, ha de concluirse que el recurso de casación resulta admisible.

TERCERO.- *Primer motivo de casación. Obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de swap.*

1.- En el primer motivo de casación se denuncia la infracción de los arts. 1.258, 1.265, 1.266, 1.269, 1.300 y 1.301 CC, el art. 79 y ss. LMV, el RD 629/1993, el RD 217/2008 y la Directiva 2004/39/CE.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la entidad financiera demandada incumplió la normativa legal que le era aplicable en orden a los deberes de información al cliente sobre los riesgos que conllevaba el contrato de swap suscrito, tanto sobre la posibilidad de liquidaciones negativas, como sobre el coste de cancelación. Por lo que existió error invalidante del consentimiento, en los términos de los arts. 1.265 y 1.266 CC.

CUARTO.- *La normativa MiFID.*

1.- Ley 47/2007, de 19 de noviembre, 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. Esta incorporación de MiFID a nuestro Derecho supuso una modificación sustancial de la Ley del Mercado de Valores (LMV) y su normativa de desarrollo respecto de su ámbito de aplicación, la regulación de los mercados de instrumentos financieros y de las empresas de servicios de inversión, las normas de conducta en los mercados de valores y el régimen de supervisión, inspección y disciplina.

2.- Como decíamos en la Sentencia n.º 563/2015, de 15 de octubre :

«Según declaró esta Sala en la STS n.º 840/2013, la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y sus clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe comercial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS n.º 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso n.º 1979/2011, en la que -aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera



de inversión concertado antes de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID- se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión. Ahora esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa sobre el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos complejos como es el swap y su incidencia en la apreciación de error vicio del consentimiento. De acuerdo con esa línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 CC, y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3). Para articular adecuadamente ese deber legal de la entidad financiera con la necesidad que el cliente minorista tiene de ser informado (conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados) y salvar así el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses que se da en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, en la prestación de asesoramiento financiero para su contratación, como son la realización del test de conveniencia - cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada, dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar-, y el test de idoneidad, cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero dirigido, además de la anterior evaluación, a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto».

3.- Además, ha de tenerse presente que cuando se suscribió el contrato de permuta financiera, ya estaba en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios de Inversión, cuyo art. 64.1 establece que:

«Las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas».

QUINTO.- *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; y 310/2016, de 11 de mayo).

2.- En este caso, partiendo 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 sentencia, al remitirse a las conclusiones de la de primera instancia, considera satisfecho el deber de información porque se mostró a los representantes de la actora una curva de evolución de tipos de interés que preveía su evolución al alza. Sin reparar en que para que la información hubiera sido completa habría sido preciso que la información hubiera sido extensiva a los supuestos en que la evolución del euríbor hubiera sido a la baja, como de hecho sucedió.



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 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 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.

3.- El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euribor 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 840/2013, de 20 de enero de 2014 , «esa ausencia de información permite presumir el error». Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas, no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que «Caixa Catalunya» 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.- El banco prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero, lo 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.- Como hemos dicho anteriormente, las afirmaciones que la sentencia de la Audiencia Provincial contiene en relación a que Banco Santander había cumplido sus obligaciones no constituyen propiamente una afirmación fáctica, sino una valoración jurídica, que se revela incorrecta por cuanto de su propio relato fáctico resulta suficientemente claro que la entidad financiera no informó de una cuestión esencial, como serían los riesgos en caso de bajada de los tipos de interés.

Y 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 este primer motivo del recurso de casación, sin necesidad de examinar los restantes, anularse la sentencia recurrida, y estimar el recurso de apelación interpuesto por Motor Tres Cantos contra la sentencia de primera instancia, que se revoca, estimándose la demanda.

SEXO.- *Costas y depósitos.*

1.- La estimación del recurso de casación supone estimación del recurso de apelación, por lo que no cabe hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, conforme previene el artículo 398.2 LEC . Sin que tampoco proceda expresa imposición de las causadas por el recurso de casación, según determina el mismo precepto.

En cuanto a las costas de primera instancia, deben imponerse a la parte demandada, según determina el artículo 394.1 LEC .

2.- Devuélvase el depósito constituido para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

**FALLO**

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 compañía mercantil Motor Tres Cantos, S.A. contra la sentencia de fecha 25 de febrero de 2013, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20.^a, en el recurso de apelación núm. 95/12. **2.º** Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar, estimar el recurso de apelación interpuesto por Motor Tres Cantos, S.A. contra la sentencia núm. 264/2011, de 19 de noviembre de 2011, dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 59 de Madrid, en el procedimiento de juicio ordinario núm. 2350/10, que se revoca y deja sin efecto. **3.º**- Estimar la demanda inicial del procedimiento, formulada por Motor Tres Cantos, S.A. contra Banco Santander, S.A., declaramos la nulidad del contrato de permuta financiera identificado en el primer fundamento jurídico; ordenando la retrocesión de todas las liquidaciones practicadas y condenando a Banco Santander a restituir a la actora las cantidades percibidas con ocasión de las liquidaciones negativas giradas durante la vigencia de los contratos, minoradas con las cantidades percibidas por el cliente por las liquidaciones positivas; con los intereses legales de tales cantidades desde sus respectivas fechas de abono. **4.º**- No hacer expresa imposición de costas de los recursos de apelación y casación. Condenando a Banco Santander, S.A. al pago de las costas de la primera instancia. **5.º**- Devuélvase a la recurrente el depósito constituido por el recurso de casación. Líbrese 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.