

Roj: **STS 713/2017 - ECLI:ES:TS:2017:713**Id Cendoj: **28079110012017100128**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **01/03/2017**Nº de Recurso: **539/2013**Nº de Resolución: **138/2017**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 22990/2012,**
STS 713/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 1 de marzo de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 465/2012 por la Sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1243/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 49 de Madrid, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador don Jorge de Miguel López en nombre y representación de Baisdare S.L., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña María del Mar de Villa Molina en calidad de recurrente y el procurador don Eduardo Codes Feijoo en nombre y representación de Banco Santander S.A., en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don Jorge Luis de Miguel López, en nombre y representación de la mercantil Baisdare S.L., interpuso demanda de juicio ordinario, asistido del letrado don Carlos Arjona Pérez contra Banco Santander Central Hispano S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«A) Se declare la nulidad tanto del «Contrato de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés» de fecha 2 de noviembre de 2007 como del «Contrato Marco de Operaciones Financieras» de la misma fecha, con sus consecuencias y efectos restitutorios.

»B) Subsidiariamente, se declare su anulabilidad, igualmente con sus consecuencias y efectos restitutorios.

»C) Subsidiariamente, caso de no determinarse ni la nulidad, ni la anulabilidad de los contratos, interesamos que se declare la existencia de cláusulas oscuras y abusivas, que se tendrán por no puestas conforme a Ley, en especial las relativas a la determinación de la cuantía del contrato, su sistema de liquidación y los costes, así como posibles fórmulas para la cancelación del producto e interesamos además se declare la resolución de los contratos sin coste alguno para la parte actora, declarándose además que la parte demandada ha incumplido las obligaciones que le incumben con respecto a la parte actora referidas en los «Fundamentos de Derecho» de la demanda, anulando los cargos ya vencidos y pendientes de abonar, con la obligación de la demandada de indemnizar a la mercantil actora por los daños y perjuicios que les han sido irrogados en la cuantía correspondiente a los cargos que les han sido efectuados indebidamente desde la fecha de contratación o subsidiariamente desde la fecha que determine el Juzgador, hasta el dictado de la sentencia, y



a calcular en ejecución de la misma, acordes al contrato respectivo, y en todo caso, con los intereses legales que correspondieren desde que hubieren resultado hechos los citados cargos.

»D) Como petición subsidiaria de todas las anteriores, interesamos que estimando la acción de enriquecimiento injusto declare que BANCO SANTANDER ha incurrido en abuso de Derecho o en un ejercicio antisocial del mismo y obtenido un enriquecimiento injusto, declarando la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, para lo cual deberá proceder a cancelar sin coste para la mercantil perjudicada por el hecho dañoso los contratos objeto de autos, así como a anular los cargos ya vencidos y pendientes de abonar y los que vayan venciendo desde la fecha de formalización de la presente demanda hasta la fecha de vencimiento de cada contrato, abonando a la actora las cuantías que hayan hecho efectivas en cumplimiento de los mismos hecho dañoso los contratos objeto de autos, así como a anular los cargos ya vencidos y pendientes de abonar y los que vayan venciendo desde la fecha de formalización de la presente demanda hasta la fecha de vencimiento de cada contrato, abonando a la actora las cuantías que hayan hecho efectivas en cumplimiento de los mismos, descontados los abonos que éstos hayan podido recibir, más el interés legal desde la fecha de su cargo en cuenta hasta la fecha de Sentencia, devengando a partir de ese momento el interés previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, importes que serán concretados en ejecución de Sentencia.

»2.- Y que, en consecuencia de todo ello, se condene a la demandada a:

»A) Que se proceda a retrotraer el saldo a fecha anterior a las liquidaciones practicadas y a deshacer los efectos de los productos desde el día de la formalización, devolviendo la actora, si fuera preciso, las cantidades que fueran ingresadas en su cuenta por la entidad financiera, todo lo cual se determinará en ejecución de Sentencia, debiendo añadirse los intereses legales de dichas cantidades desde las fechas de sus correspondientes cargos o abonos en cuenta, según corresponda.

»B) Que subsidiariamente, se permita a la mercantil actora la resolución de los contratos sin coste alguno, anulando los cargos ya vencidos y pendientes de abonar, con la obligación de la demandada de indemnizar a dicha actora por los daños y perjuicios que le han sido irrogados en la cuantía correspondiente a los cargos que le han sido efectuados indebidamente, hasta el dictado de la sentencia, desde el inicio o subsidiariamente desde aquella fecha que determine el Juzgador, con las consecuencias inherentes a dicha cancelación en cuanto a las cantidades a retrotraer el saldo a fecha anterior a las liquidaciones practicadas y a deshacer los efectos del producto desde el día que se decreta su cancelación, devolviendo a la parte actora, si fuera preciso, las cantidades que fueran ingresadas en su cuenta por la entidad financiera, todo lo cual se determinará en ejecución de Sentencia, debiendo añadirse los intereses legales de dichas cantidades desde las fechas de sus correspondientes cargos o abonos en cuenta, según corresponda.

»3.- En cualquier caso, interesamos se condene a la demandada al abono de las costas del procedimiento».

SEGUNDO .- El procurador don Manuel Lanchares Perlado, en nombre y representación de Banco de Santander S.A., y asistido del letrado don Manuel Muñoz García-Liñán contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

« Se dicte en su día sentencia desestimando la demanda en su integridad, con expresa imposición de costas a la parte actora».

TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 49 de Madrid, dictó sentencia con fecha 6 de febrero de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

«ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por don Jorge Luis de Miguel López en nombre y representación de Baisdare S.L. contra Banco Santander Central Hispano S.A., y en su virtud debo declarar y declaro la nulidad de, Contrato de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés de fecha 2 de noviembre de 2007 como del Contrato Marco de Operaciones Financieras de la misma fecha, en consecuencia proceder ambas partes a la restitución de las cantidades abonadas recíprocamente, mediante la oportuna liquidación, señalando y fijando el saldo final que a cada parte le pueda corresponder, desestimando el resto de pretensiones, sin expresa imposición de costas».

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Banco Santander S.A., la Sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 13 de diciembre de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando el recurso de apelación formulado por Banco de Santander S.A., contra la sentencia de fecha 6 de febrero de 2012, dictada por el juzgado de primera instancia número 49 de Madrid en el procedimiento al que se contrae el presente rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y desestimamos la demanda



en su día interpuesta por la entidad Baisdare S.L., contra dicha parte apelante, declarando no haber lugar a la misma, sin expresa imposición de las costas procesales causadas en el litigio».

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal la representación procesal de Baisdare S.L., el recurso de casación lo argumentó con apoyo en un único motivo: Al amparo de los artículos 468 y concordante de la Ley de Enjuiciamiento Civil se interpone recurso por entender infringido el artículo 24 CE, y entender también infringidas normas reguladoras de la sentencia, al incurrir la misma de vicio de incongruencia por omisión de pronunciamiento al no haberse valorado, ni tampoco pronunciado, por parte del Tribunal las peticiones subsidiarias realizadas a la petición principal de nulidad (o anulabilidad), concretamente a la petición de resolución sin coste y de indemnización de daños y perjuicios. El recurso extraordinario por infracción procesal fue inadmitido.

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha 26 de octubre de 2016, se acordó la admisión del recurso de casación. No se admitió el recurso de casación en cuanto a la infracción denunciada en el motivo único apartado 2. No se admitió el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la indicada parte litigante contra dicha sentencia, con imposición de las costas de este recurso a la recurrente, que perderá el depósito constituido.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 1 de febrero del 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la nulidad de un contrato de permuta de tipos de interés (swap), así como la del contrato marco de operaciones financieras (CMOF), por error vicio en el consentimiento prestado. Dichos contratos, suscritos en la misma fecha, son anteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.

2. En síntesis, la entidad Baisdare S.L., aquí recurrente, ejercitó contra Banco Santander Central Hispano (en la actualidad Banco Santander) una acción de nulidad y subsidiariamente otra de anulabilidad por error vicio en el consentimiento prestado en los citados contratos. La demandada se opuso. Señaló que el producto financiero fue explicado al cliente, tal y como se recoge con claridad en los contratos suscritos, y que se contrató para mitigar los efectos de una posible alteración de tipos de interés.

3. De los hechos acreditados en la instancia, deben destacarse los siguientes.

I) Con anterioridad a los contratos objeto de esta *litis*, la entidad Baisdare, dedicada a la promoción inmobiliaria, tenía suscrito con la entidad bancaria un préstamo hipotecario por importe de 215.000 euros.

II) El 2 de noviembre de 2007, a instancia de la entidad bancaria, don Serafin, administrador de la sociedad, suscribió un «swap bonificado 12 x 12 con barrera knock.In» por importe de 200.000 euros.

III) No hay constancia de que se entregara el folleto explicativo del producto. Tampoco de que se informara de los riesgos concretos del coste del producto en caso de variación de tipos de interés, ni del coste o importe a abonar si se cancelaba anticipadamente. El administrador de la sociedad reconoció que no había leído completamente los referidos contratos.

IV) En septiembre de 2010, la empresa tuvo una liquidación negativa por importe de 5426,23 euros.

4. La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de los contratos suscritos, con la consiguiente obligación de ambas partes de proceder a la restitución recíproca de las cantidades abonadas, mediante la oportuna liquidación. En síntesis, con base al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, consideró lo siguiente:

«De una valoración en conjunto de la prueba practicada en los autos cabe llegar a la conclusión de que, tratándose los productos bancarios objeto de contratación de instrumentos financieros complejos y de alto riesgo, la información bancaria acerca de la naturaleza jurídica y características de los mismos fue harto deficitaria, por no decir prácticamente nula, pudiendo incluso en algún aspecto importante alcanzar a ser hasta equívoca.

»Por lo de pronto, el cliente no solicita claramente el producto, sino que es la entidad la que se lo ofrece a quien teniendo una hipoteca, suplía sus obligaciones y contrata el producto sin explicaciones claras sobre el funcionamiento y devenir del mismo».



5. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la sentencia de la Audiencia lo estimó, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda. En este sentido, tras la cita de las sentencias de esta sala de 15 y 21 de noviembre de 2012, declaró:

«En el presente caso, como ya se ha expuesto, la conclusión a la que llega la sentencia de instancia tiene su base en la falta de la adecuada información al cliente sobre las características de los productos y el alcance de las obligaciones y el riesgo asumido. Sin embargo del examen de la prueba practicada en autos no puede aceptarse tal conclusión; por un lado teniendo en cuenta muy especialmente que se trata de unas operaciones de financiación para una empresa, debiéndose entender que tales operaciones sobre mecanismos de financiación forman parte integrante del propio desenvolvimiento del negocio para una entidad mercantil, razón que hace que los elementos protectores aplicables a los consumidores no tengan aquí cabida. Por otro lado, el administrador que como responsable de la entidad actora suscribe los contratos admite no haber procedido a su completa y detenida lectura, extremo ciertamente destacable teniendo en cuenta la condición en que intervenía, con independencia de su formación al respecto dado en todo caso pudo acudir al asesoramiento especial que hubiese considerado necesario. Por último resulta evidente que los productos en cuestión tenían, como ya se ha reseñado, un carácter eminentemente especulativo en la confianza de una determinada evolución de los, tipos de interés en los mercados financieros, circunstancia que debe ser valorada en su justa medida en el sentido evidente de que esa evolución puede ser de un signo u otro, y de ello deben derivarse consecuencias diferentes, y así resultó una evolución inicialmente positiva para luego invertirse la tendencia (años 2007, 2008 y 2009). La sentencia recurrida hace hincapié en la desinformación sobre el sistema de cancelación anticipada, y embargo, la prueba testifical practicada respecto del empleado del banco que intervino la operación resulta contradictoria, y en el Anexo obrante al folio 121 de los autos se reseña como «consideración» el mecanismo de la cancelación anticipada con advertencia de que la misma se efectuara a precios de mercado, -lo que impide una exacta determinación-, pudiendo suponer, en su caso, el pago por el cliente del coste correspondiente.

»La sentencia del Tribunal Supremo ya citada de 21 noviembre de 2012 destaca las consideraciones generales sobre el error como determinante del vicio en el contrato con la suficiente incidencia para conducir a la posible nulidad del negocio en cuestión, afirmando que «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», reseñando acto seguido tanto la necesaria entidad del error para asumir el carácter invalidante del consentimiento (STS 15 febrero 1977), como los presupuestos precisos, que sea cierto, y que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato (STS 4 enero 1982 y 29 marzo 1994), y de manera significativa que se trata de un error inexcusable «negando la 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». De lo expuesto debe concluirse que no concurren en el presente supuesto los elementos, definidores o configuradores del error en el sentido expresado, dados los propios términos de los contratos, la intervención del cliente, y la información suministrada por la entidad financiera, según se acredita testificalmente, lo que debe conducir a la estimación del recurso formulado y a la revocación de la sentencia de instancia».

6. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El recurso extraordinario por infracción procesal ha resultado inadmitido. El recurso de casación ha sido admitido respecto de las infracciones alegadas en su motivo único, apartados 1 y 3.

7. Con carácter previo al examen del recurso de casación procede desestimar las causas de inadmisión del recurso formuladas por la parte recurrida. En este sentido debe señalarse que la recurrente sí que justifica el interés casacional que ampara la formulación del recurso, como pone en evidencia el desenvolvimiento de la doctrina jurisprudencial de esta sala a raíz de las sentencias posteriores que se apartan de la sentencia de 21 de noviembre de 2012. En esta línea, y pese a que la técnica del recurso pudiera ser mejorable, la recurrente identifica correctamente las infracciones denunciadas con arreglo a las cuestiones sustantivas planteadas que también resultan suficientemente identificadas, esto es el error vicio en el consentimiento prestado y el incumplimiento de los deberes de información por parte de la entidad bancaria. Por su parte, la posible relevancia de la alegación de plantear cuestiones procesales de valoración de la prueba queda circunscrita al examen del motivo del recurso de casación.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- *Contrato marco de operaciones financieras (CMOF) y contrato de permuta financiera (SWAP) anteriores a la incorporación del derecho español de la normativa MiFID. Obligaciones de información. Error vicio en el consentimiento prestado. Doctrina jurisprudencial aplicable.*



1. La recurrente, al amparo del ordinal tercero del artículo 477. 2 LEC , interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

En los apartados 1 y 3 de dicho motivo, apartados que han resultado admitidos, la recurrente denuncia la infracción de los artículos 1261 y 1265 del Código Civil y del artículo 5 del RD 629/1993, de 3 de mayo . Argumenta la existencia de un error esencial y excusable en el consentimiento prestado provocado por la falta de información del banco acerca del correcto funcionamiento del producto financiero ofertado.

2. El motivo debe ser estimado.

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.

No obstante, antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha al contrato de permuta financiera litigioso, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y 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».

3. Con relación al incumplimiento de estas obligaciones de información 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 ; y 510/2016, de 20 de julio).



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 sentencia recurrida reconoce que la entidad bancaria no dio una información clara y terminante de los riesgos que comportaba la operación financiera. Sin embargo, pese al incumplimiento de estas obligaciones, descarta la trascendencia del error vicio con base en que la suscripción de estas operaciones complejas de financiación forman parte integrante del propio desenvolvimiento del negocio empresarial, aunque su representante no sea un profesional del mercado financiero y de inversión y que pudo, en todo caso, acudir al asesoramiento especial que hubiere considerado necesario. Asimismo destaca el carácter especulativo del producto y que el mecanismo de cancelación anticipada ya advertía de que la misma se efectuaría a precios de mercado.

No obstante, 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.

El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euríbor 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 1.ª núm. 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 el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que el Banco de Santander 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.

La entidad recurrida 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.

Máxime con relación a la necesaria información del coste de la cancelación anticipada del contrato swap y lo declarado por esta sala en su sentencia 594/2016, de 5 de octubre :

«[...] En orden a esta concreta obligación, es necesaria una información suficientemente precisa y clara sobre el coste de cancelación se fijaría por el Banco de acuerdo con los precios de mercado, como hemos dicho en anteriores resoluciones, más que de una información, se trata de una fórmula que encierra una absoluta falta de información: de qué mercado se trata, qué parámetros se tomarán en consideración, la expresión de algunos ejemplos, como cuál sería el coste de cancelación en la fecha de concertación del contrato, etc.

»Esta Sala ha admitido en casos como el presente que el error pueda recaer sobre los riesgos, representados por los eventuales costes económicos, derivados de la cancelación del producto financiero que se concertaba. Lo apreciamos en la Sentencia 491/2015, de 15 de septiembre , en relación con el coste de la cancelación del



swap, cuando se había ofrecido la posibilidad de cancelarlo y no se había suministrado suficiente información de lo que podía llegar a suponer este coste, y lo reiteramos en otras sentencias posteriores (sentencias 90/2016, de 19 de febrero y 450/2016, de 1 de julio).

»Como hemos razonado en otras ocasiones, «es lógico que el cálculo del coste de cancelación pueda depender de indicadores concretos que no se conocen en el momento de la firma del contrato, y por ello no pueda cifrarse de antemano con detalle. Pero cuando menos el banco debía informar sobre los costes aproximados, dependiendo lógicamente de diferentes parámetros, entre ellos el momento en que se solicita la cancelación. El banco no puede informar del coste exacto de cancelación en cada momento de la duración del contrato, pero sí ha de dar una referencia genérica y aproximada, que pueda permitir al cliente hacerse una idea de cuánto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume» (Sentencias 491/2015, de 15 de septiembre y 669/2015, de 25 de noviembre)».

En consecuencia, 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 desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Banco de Santander contra la sentencia de primera instancia, que se confirma.

TERCERO.- Costas y depósitos.

1. La estimación del recurso de casación comporta que las costas causadas por el mismo no se impongan a ninguna de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC .
2. La estimación del recurso de casación comporta, a su vez, la desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Banco de Santander, por lo que procede hacer expresa imposición de estas costas de apelación a la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC .
3. Asimismo, procede ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ .

FALLO

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

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Baisdare, S.L. contra la sentencia dictada, con fecha 13 de diciembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19.ª, en el rollo de apelación núm. 1243/2011 , que casamos y anulamos, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la demandada, para confirmar en su lugar los pronunciamientos del Juzgado de Primera Instancia, núm. 49 de Madrid, de 6 de febrero de 2012 , dimanante del juicio ordinario núm. 1243/2011.
2. No hacer expresa imposición de costas del recurso de casación. **3.** Imponer las costas de apelación a la parte apelante. **4.** Ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres