



Roj: **STS 1049/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1049**

Id Cendoj: **28079110012017100189**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/03/2017**

Nº de Recurso: **2029/2013**

Nº de Resolución: **197/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP L 517/2013,**
STS 1049/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 23 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. 138/2012 por la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Lleida, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 722/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Lleida, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador don Jordi Daura Ramón en nombre y representación de la mercantil Cervera Asesores Correduría de Seguros S.L., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña María de los Ángeles Fernández Aguado en calidad de recurrente y el procurador don Argimiro Vázquez Guillén en nombre y representación de Banco Mare Nostrum S.A., en calidad de recurrido.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don Jordi Daura Ramón, en nombre y representación de la mercantil Cervera Asesores Correduría de Seguros S.L., interpuso demanda de juicio ordinario, asistido del letrado don Enric Rubio Gallart contra Caixa D'Estalvis del Penedés y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«A) Declare la nulidad de la relación contractual derivada de las operaciones de SWAP suscritas entre ambas partes en fechas 14/02/2007 y 31/12/2009 por existir error en el consentimiento derivado de la falta de información sobre la naturaleza del producto y sobre las consecuencias y riesgos del mismo.

»B) Anule y deje sin efecto las liquidaciones practicadas por la entidad demandada en aplicación del SWAP, con obligación de restituir a mi representada las cantidades que le haya cobrado, con los intereses legales devengados desde las fechas en que se hicieron efectivos los cobros.

»C) Condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a cumplir con la referida obligación de restitución.

»D) Condene a la demandada a pagar las costas generadas por el presente juicio».

SEGUNDO .- La procuradora doña María Ortiz Salillas, en nombre y representación de Caixa D'Estalvis de Penedés, y asistido del letrado don Juan Ignacio Sanz Caballero 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:



«La desestimación de la demanda interpuesta por la demandante contra Caixa Penedés, declarando la vigencia del contrato impugnado; la condena a la parte actora de las costas causadas y que se causen en el presente procedimiento».

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 3 de Lleida, dictó sentencia con fecha 28 de noviembre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por procurador Sr. Daura en representación de Cervera Asesores Correduría de Seguros S.L. y asistido en calidad de letrado/a por el Sr. Rubio contra Caixa D'Estalvis del Penedés representado por la procuradora Sra. Ortiz y asistido/a por el letrado Sr/a. Monne y por ello, DECLARO a la nulidad de la relación contractual derivada de la operación SWAP suscrita el 31 de diciembre de 2009, que vincula a las partes, debiendo la demandada restituir a la demandante las prestaciones derivadas de ese contrato con el interés legal desde que se hicieron efectivos los cobros.

»Condeno a Caixa D'Estalvis del Penedés a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

»Cada parte pagará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad».

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Banco Mare Nostrum, la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Lleida, dictó sentencia con fecha 4 de julio de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«ESTIMEM el recurs d'apel·lació interposat pel procurador Ortiz al temps que DESESTIMEM el recurs interposat pel procurador Daura ambdós contra la sentència de data 28 de novembre de 2012 del jutjat de primera instància número 3 de Lleida que REVOQUEM i en el seu lloc ABSOLEM a la demandada dels pediments de la part actora i tot sense fer especial declaració de les costes de cap d'ambdues instàncies».

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la representación procesal de la mercantil Cervera Asesores Correduría de Seguros S.L., argumentando el recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Al amparo del artículo 469.1.2.º LEC por incurrir la sentencia recurrida en infracción de normas procesales, artículo 218.1 LEC , en relación con los artículos 24 y 120.3 de la CE . Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.2.º de la LEC , por incurrir la sentencia recurrida en infracción de normas procesales, artículo 218.1 LEC con infracción del principio *iura novit curia*, en relación con el de *da mihi factum, dabo tibi ius*. El recurso de casación lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Artículo 477.1 LEC por infracción de los artículos 1261 , 1262 , 1265 , 1266 , 1300 y 1303 del CC , en relación con el artículo 79 de la LMV y el Real Decreto 629/2003 . Segundo.- Al amparo del artículo 477.1 LEC por inaplicación de los artículos 1261 , 1265 , 1269 y 1270 del Código Civil .

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 de los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el procurador don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de Banco Mare Nostrum S.A., presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 22 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 dos contratos de permutas financieras (swaps) por error vicio en el consentimiento prestado. El primero de ellos anterior a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español, y el segundo posterior a la misma.

2. En síntesis, don Cayetano y su esposa doña Rosana , en nombre propio y además, el primero, en nombre de la entidad Cervera Asesores (empresa dedicada a la correduría de seguros) suscribieron, con fecha 2 de noviembre de 2005, el matrimonio como parte prestataria y la empresa como fiadora solidaria, un préstamo hipotecario con la entidad financiera Caixa Penedés (en la actualidad, Banco Mare Nostrum S.A), por un importe de 594.000 euros y con una cláusula suelo del 3%. Posteriormente, el 21 febrero 2007, el matrimonio, esta vez sin intervención de la empresa, suscribió un nuevo préstamo hipotecario con la citada entidad por importe de 157.000 euros y con idéntica cláusula suelo. Ambos préstamos tuvieron por objeto la adquisición del local de negocios para la empresa y su posible ampliación.



Coincidiendo con la tramitación del segundo préstamo, la entidad financiera recomendó a don Cayetano la suscripción de un producto financiero cuya finalidad era proteger contra la posible subida de los tipos de interés. Dicho swap, con un nocional de 700.000 euros y una duración de tres años, fue suscrito el 14 de febrero de 2007. Tras el primer año de vigencia, la primera liquidación resultó negativa para el cliente con un cargo de 892,02 euros. Antes de operarse la segunda liquidación, con una previsión también negativa para el cliente de un cargo aproximado de 14.000 euros, la entidad financiera propuso reestructurar el citado swap con la cancelación del mismo (sin cargo) y la suscripción en dicha fecha, y de forma simultánea, de una nueva permuta financiera. De forma que el 31 diciembre de 2009 se suscribió el segundo swap, que ampliaba su duración con un tipo de referencia que pasó del 4,48% al 4,20%. Para poder suscribir esta operación, la entidad financiera exigió la suscripción de una póliza de afianzamiento mercantil de las obligaciones de este último swap. Pese a la reestructuración realizada, la primera liquidación resultó negativa para el cliente con un cargo de 21.107,14 euros.

En este contexto, la entidad Cervera Asesores ejercitó contra la Caixa Penedés una acción de nulidad por error vicio en el consentimiento prestado y solicitó la declaración de nulidad de los swaps suscritos y la anulación de las liquidaciones practicadas. La entidad financiera se opuso a la demanda y solicitó su absolución.

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

I) Los productos financieros fueron ofertados y recomendados por la entidad financiera.

II) En el folleto publicitario se destacaba el carácter seguro del producto con la siguiente leyenda: «Asegúrese de que la cuota de su hipoteca no le subirá».

III) Con el segundo swap se practicó el test de conveniencia.

IV) El empleado de la entidad financiera, que atendió la relación comercial con el cliente, reconoció que no sabía cómo se realizaba el cálculo de las liquidaciones del producto financiero.

4. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda interpuesta. Tras declarar caducada la acción de nulidad del primer swap suscrito, consideró que la entidad financiera no había cumplido con los deberes de información en el segundo swap. De forma que la publicidad realizada inducía a error, no se informaba de los antecedentes y la evolución de los tipos de interés, ni tampoco del posible coste de la cancelación anticipada del producto. Resultando insuficientes los escenarios contemplados en el contrato suscrito, con referencias genéricas a las posibilidades de «pago o de cobro» para el cliente.

5. Interpuestos recursos de apelación por ambas partes, la sentencia de la Audiencia, tras declarar no caducada la acción de nulidad contra el primer swap, desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandante y estimó el recurso de apelación de la demandada. En consecuencia, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda interpuesta. En síntesis, basó su decisión en que la literalidad de los contratos suscritos contemplaba diversos escenarios para el cliente, con la posibilidad de liquidaciones negativas. Aspecto que ligó a la propia firma de un crédito para financiar las futuras consecuencias del swap reestructurado. Asimismo, destacó que el cliente era una empresa, por lo que su administrador debía actuar con la diligencia de un ordenado empresario y valorar previamente los riesgos de las operaciones que suscribía.

6. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

7. Con carácter previo, procede examinar las causas de inadmisibilidad de los recursos formulados por la parte recurrida.

Con relación al recurso extraordinario por infracción procesal, que se articula en dos motivos, la parte recurrida se opone al primer motivo en donde se denuncia la infracción de incongruencia omisiva de la sentencia recurrida por no haberse pronunciado con relación a la acción de anulación de los contratos por dolo de la entidad financiera. Dicha causa de inadmisibilidad debe ser estimada, pues la parte demandante no ha instado previamente la subsanación de la pretendida omisión de pronunciamiento que ahora se alega, artículo 215 LEC .

Las causas de inadmisibilidad del recurso de casación deben ser desestimadas. 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 la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 .

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- Incongruencia omisiva.



1. La recurrente, al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1 LEC , en el segundo motivo denuncia la infracción del artículo 218 LEC , por vulneración del principio «*iura novit curia*». Considera que, de acuerdo con este principio, la sentencia recurrida debía haberse pronunciado acerca del vicio del consentimiento por la actuación dolosa de la entidad financiera.

2. El motivo debe ser desestimado, pues no puede basarse este recurso en la infracción del principio de *iura novit curia* , pertinente a cuestiones de índole sustantiva.

Recurso de casación.

TERCERO.- *Contratos de permutas financieras anteriores y posteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID. Obligaciones de información del producto. Error vicio en el consentimiento prestado. Doctrina jurisprudencial aplicable.*

1. La recurrente, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC , interpone recurso de casación que articula en dos motivos.

En el primer motivo, denuncia la infracción de los artículos 1261 , 1262 , 1265 , 1266 , 1300 y 1303 del Código Civil , en relación con el artículo 79 de la LMV y del Real Decreto 629/2003 . Alega que el déficit de información causante del error vicio en el consentimiento prestado en la contratación de los productos financieros.

2. El motivo debe ser estimado.

Con relación a las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera anteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID, debe señalarse lo siguiente.

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.

Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha al primer contrato de permuta financiera litigioso, y expresamente invocado en el recurso, 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 a los contratos posteriores a la incorporación al Derecho español de la Directiva MiFID, hay que señalar que, tras la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, 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.

4. 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).

5. En el presente caso, dada la conexión negocial de los contratos suscritos, debe concluirse que la entidad financiera no cumplió con los deberes de información de los riesgos concretos que podrían derivarse del funcionamiento del producto financiero, o del riesgo que podía comportar el coste económico de su cancelación anticipada. Estos deberes no se cumplen atendiendo principalmente a la mera literalidad genérica de los contratos suscritos.

En este sentido, 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 los riesgos derivados de la bajada del 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 para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que Caixa D'Estalvis del Penedés, actualmente Banco Mare Nostrum S.A., 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 omisión de este deber 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 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. En todo caso, la experiencia de ser representante de la sociedad, por sí sola, no justifica la inexcusabilidad del error. En este sentido, con relación al artículo 79 bis LMV esta sala, en su sentencia núm. 595/2016, de 5 de octubre, ha declarado lo siguiente:

«[...]Hemos declarado que el hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente su carácter experto, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. Hemos afirmado en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, 651/2015, de 20 de noviembre y 331/2016, de 19 de mayo, entre otras, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, y «no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera» (sentencia 676/2015, de 30 de noviembre)».

Por último, con relación a la necesaria información del coste de la cancelación anticipada del contrato de permuta financiera, esta sala, en su sentencia 594/2016, de 5 de octubre, ha declarado lo siguiente:

«[...]En el ámbito del incumplimiento de los deberes de información es especialmente destacable como el banco ha de informar al cliente sobre cuál era el valor de mercado inicial del swap, o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación, puesto que tales magnitudes están relacionadas con el pronóstico, sobre la evolución de la variable económica de referencia hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente. Como hemos dicho antes, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de la inflación, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente y le permite elegir, entre varias ofertas, la que resulte más conveniente. De no hacerlo así, la «apuesta» que supone el swap se produciría en un terreno de juego injustificadamente favorable para el banco.

»En orden a esta concreta obligación, es necesaria una información suficientemente precisa y clara sobre el coste de cancelación anticipada del swap. La mención de que 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.

»En consecuencia, Bankinter debió informar en términos claros y precisos, y con suficiente antelación a la contratación, no solo de la naturaleza compleja y de riesgo del producto ofertado (el cliente no podía saber que se trataba de un producto «especulativo», como se afirma en la sentencia recurrida, si no se le informaba de ello, tanto más si se ofertaba como un producto de renta fija), sino también del concreto riesgo de pérdida de la inversión en caso de insolvencia del emisor».

6. La estimación del primer motivo comporta la estimación del recurso de casación, por lo que resulta innecesario entrar en el examen del segundo motivo.

7. 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. Con lo que procede casar y anular la sentencia recurrida, asumir la instancia con estimación del recurso de apelación de la demandante y desestimación del recurso de apelación de la demandada y, en consecuencia, revocar la sentencia de primera instancia con la estimación íntegra de la demanda interpuesta.

TERCERO.- Costas y depósitos.

1. La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal comporta que las costas del mismo se impongan a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC.



2. 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 .
3. La estimación del recurso de casación comporta la estimación del recurso de apelación de la parte demandante, por lo que no procede hacer expresa imposición de costas de su apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC .
4. La estimación del recurso de casación comporta, a su vez, la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la demandada Banco Mare Nostrum S.A., por lo que se le condena a las costas de su recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC .
5. La estimación del recurso de apelación de la demandante comporta la estimación de la demanda, por lo que procede imponer las costas de primera instancia a la parte demanda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC .
6. Asimismo, procede ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del 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. Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de la entidad Cervera Asesores Correduría de Seguros S.L. contra la sentencia dictada, con fecha 4 de julio de 2013, por la Audiencia Provincial de Lérida, sección 2.ª, en el rollo de apelación núm. 138/2012 . 2. Estimar el recurso de casación contra la citada sentencia que casamos y anulamos y asumiendo la instancia estimamos el recurso de apelación de la demandante, Cervera Asesores, y desestimamos el recurso de apelación de la demandada, Banco Mare Nostrum S.A. y, en consecuencia, revocamos la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 3 de Lérida, de 28 de noviembre de 2011 , dimanante del juicio ordinario 722/2011, en el sentido de estimar en su integridad la demanda interpuesta. Por lo que declaramos la nulidad de los contratos de permuta financiera suscritos por la demandante el 14 de febrero de 2007 y el 31 de diciembre de 2009 con la entidad Banco Mare Nostrum S.A., con la restitución recíproca de las prestaciones realizadas y con sus intereses legales desde la fecha de pago. 3. Condenamos a la parte demandada a las costas de apelación de su recurso. 4. No procede hacer expresa imposición de las costas de apelación a la parte demandante. 5. Condenamos a la parte demandada a las costas de primera instancia. 6. Procede ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal. Procede 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. **Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres**