



Roj: **STS 1296/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1296**

Id Cendoj: **28079110012017100207**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/03/2017**

Nº de Recurso: **398/2014**

Nº de Resolución: **208/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 16091/2013,**  
**STS 1296/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 30 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 5 de diciembre de 2013, dictada en recurso de apelación núm. 250/2012, de la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 532/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Villafranca del Penedés; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Top Cika S.L., representada por la procuradora Dña. Beatriz de Miquel Balmes, bajo la dirección letrada de D. Juli de Miquel Berenguer, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora Dña. Katuska Marín Martín en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Banco Santander S.A., representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo, bajo la dirección letrada de D. Alberto Gil Maristany. Se hace constar que por el mismo recurrente se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal que no fue admitido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-1.-** Top Cika S.L., representada por la procuradora Dña. Gemma Juliá Ventura y bajo la dirección letrada de D. Julio de Miquel Berenguer y Dña. Anna Vergés Tortras, interpuso demanda de juicio ordinario 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:

«En la que se declare la nulidad del contrato y se condene a la demandada a pagar a mi mandante la cantidad de 121.011,66 euros, a que asciende la diferencia a favor de mi mandante, tras aplicar la pertinente compensación entre las sumas cargadas y abonadas, todo ello con imposición de costas a la parte demandada y liquidación de intereses moratorios desde la interpelación judicial».

**2.-** El demandado Banco Santander S.A. contestó a la demanda, actuando en su representación la procuradora Dña. Raimunda Marigó Cusiné y bajo la dirección letrada de D. Alberto Gil Maristany, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«En la que, desestimándola en su integridad, se absuelva a Banco Santander, S.A. de todos los pedimentos que contra él se formulan, con expresa condena en costas a la actora por su manifiesta temeridad y mala fe».

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Villafranca del Penedés se dictó sentencia, con fecha 14 de septiembre de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue:



«Fallo. Que estimo parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Gemma Juliá, en nombre y representación de Top Cika S.L., contra la entidad bancaria Banco Santander Central Hispano, en la persona de su representante legal, representada por la procuradora Sra. Raimunda Marigó, y debo declarar y declaro la nulidad contractual de contrato de confirmación de permuta financiera suscrito entre las partes el 10 de abril de 2007 y debo condenar y condena a BSCH a abonar a Top Cika S.L. la cantidad de 7.865,58 euros más los intereses legales desde la interposición de la demanda correspondiendo a ambas partes abonar las costas causadas en la instancia y las comunes por mitad».

Y en fecha 11 de octubre de 2011 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva señala:

«Parte dispositiva.

»Se procede a rectificar la resolución de fecha de 14 de Septiembre de 2011 en los siguientes términos:

»Donde dice: "Fundamento jurídico séptimo.- En relación a la cantidad económica reclamada y dada la estimación parcial de la demanda, dado que no se conoce con exactitud el importe en que se cifran las pérdidas desde la celebración del contrato de fecha de 10 de Abril de 2007 hasta el momento de interposición de la demanda en fecha de 26 de Julio de 2010, se considera conveniente y adecuado hacer uso de la facultad moderadora que prevé el artículo 1154 del Código Civil según el cual "El juez moderará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiere sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor", es por ello que se considera necesario aplicar un 35% a la cantidad reclamada en base fundamentalmente al tiempo transcurrido desde la celebración del contrato hasta la interposición de la demanda. De esta forma, corresponde a la parte demandada abonar a la parte actora la cantidad de 7.865,58 euros", debe decir: "Fundamento jurídico séptimo .- En relación a la cantidad económica reclamada y dada la estimación parcial de la demanda, dado que no se conoce con exactitud el importe en que se cifran las pérdidas desde la celebración del contrato de fecha de 10 de Abril de 2007 hasta el momento de interposición de la demanda en fecha de 26 de Julio de 2010, se considera conveniente y adecuado hacer uso de la facultad moderadora que prevé el artículo 1154 del Código Civil según el cual "El juez moderará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiere sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor", es por ello que se considera necesario aplicar un 35% a la cantidad reclamada en base fundamentalmente al tiempo transcurrido desde la celebración del contrato hasta la interposición de la demanda. De esta forma, corresponde a la parte demandada abonar a la parte actora la cantidad de 42.354,08 euros".

»Donde dice: "Fallo que estimo parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Gemma Juliá, en nombre y representación de Top Cika S.L, contra la entidad bancaria Banco Santander Central Hispano, en la persona de su representante legal, representada por la procuradora Sra. Raimunda Marigó, y debo declarar y declaro la nulidad contractual del contrato de confirmación de permuta financiera suscrito entre las partes el 10 de Abril de 2007 y debo condenar y condeno a BSCH a abonar a Top Cika S.L la cantidad de 7.865,58 euros más los intereses legales desde la interposición de la demanda correspondiendo a ambas partes abonar las costas causadas en la instancia y las comunes por mitad", debe decir: "Fallo que estimo parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Gemma Juliá, en nombre y representación de Top Cika S.L, contra la entidad bancaria Banco Santander Central Hispano, en la persona de su representante legal, representada por la procuradora Sra. Raimunda Marigó, y debo declarar y declaro la nulidad contractual del contrato de confirmación de permuta financiera suscrito entre las partes el 10 de Abril de 2007 y debo condenar y condeno a BSCH a abonar a Top Cika S.L la cantidad de 42.354.08 euros más los intereses legales desde la interposición de la demanda correspondiendo a ambas partes abonar las costas causadas en la instancia y las comunes por mitad".

»Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno».

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, Banco Santander Central Hispano S.A., la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia, con fecha 5 de diciembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que, con estimación del recurso de apelación interpuesto por Banco Santander S.A. contra la sentencia dictada en fecha 14 de septiembre de 2011 , aclarada por auto de fecha 11 de octubre siguiente, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Villafranca del Penedés en el juicio ordinario registrado con el núm. 532/2010 seguido a instancia de Top Cika, S.L. contra Banco Santander Central Hispano S.A., sobre nulidad de contrato y reclamación de cantidad, debemos revocar y revocamos dicha sentencia y, en su lugar, desestimamos la demanda y absolvemos a la parte demandada de la pretensión contra ella deducida; sin hacer especial condena en las costas causadas en la primera instancia. Y sin condena en las costas causadas por el recurso de apelación».

**TERCERO.- 1.-** Por Top Cika S.L. se interpuso recurso de casación basado en el siguiente:



Motivo único.- Existencia de jurisprudencia contradictoria en las Audiencias Provinciales en relación a la interpretación de los artículos 1261 , 1265 , 1266 , 1300 del Código Civil (LEG 1889), reguladores de los requisitos precisos para que el error invalide el consentimiento que da vida a los contratos respecto a los contratos de permuta financiera o swaps.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 21 de diciembre de 2016 , se acordó no admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y admitir únicamente el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Eduardo Codes Feijoo, en nombre y representación de Banco Santander S.A., presentó escrito de oposición al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 21 de marzo de 2017, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- *Antecedentes* .

1. La demanda.

La demanda se interpone por una sociedad limitada contra el banco (Banco de Santander), sobre nulidad de 2 contratos de swap por error en el consentimiento.

En la demanda se alegó que no se entendieron las explicaciones recibidas del banco y que se firmó por confianza en la entidad de crédito que les indicó que era un producto beneficioso.

2. La sentencia de primera instancia.

Estimó en parte la demanda.

Declaró la nulidad del swap suscrito en el año 2007.

Consideró que el banco no había acreditado haber suministrado la información a que estaba obligado.

Estimó parcialmente la demanda al entender que no cabía pronunciarse sobre la anulabilidad del contrato de swap de 2005, dado que el mismo había sido cancelado anticipadamente.

3. La sentencia de segunda instancia.

Estimó el recurso de apelación del banco y desestimó la demanda.

Es una sentencia extensa porque describe la sentencia de primera instancia y una parte de la demanda, pero el razonamiento desestimatorio de la demanda está en que la Audiencia declara que el error no sería excusable por falta de diligencia del cliente que reconoció que firmó sin entenderlo.

4. El recurso de casación.

Se interpone por la mercantil demandante, y la casación solo accede el tema relativo al segundo contrato (suscrito el 10 de abril de 2007) ya que la sentencia de primera instancia denegó la nulidad del primer swap, suscrito en el año 2005 - 2006, por haber sido cancelado simultáneamente con la firma del swap litigioso, teniendo ese primer contrato una liquidación positiva para la sociedad demandante.

5. No hay oposición a la admisión .

El banco demandado, parte recurrida, al comparecer en casación, se opuso a su estimación.

**SEGUNDO** .- Motivo único. Existencia de jurisprudencia contradictoria en las Audiencias Provinciales en relación a la interpretación de los artículos 1261 , 1265 , 1266 , 1300 del Código Civil (LEG 1889), reguladores de los requisitos precisos para que el error invalide el consentimiento que da vida a los contratos respecto a los contratos de permuta financiera o swaps.

Se alegó por el recurrente la existencia de error excusable, por el déficit de información suministrada.

Se estima el motivo.

**TERCERO** .- *Confirmación de permuta financiera de tipos de interés (swap bonificado reversible media)*.

En las actuaciones consta:

## CONFIRMACIÓN DE PERMUTA FINANCIERA DE TIPOS DE INTERÉS

**("Swap Bonificado Reversible Media")**

A: TOP CIKA S.L.

(en adelante, "el Cliente")

CIF: B62286836

DIR:: GENERAL VALLES 21

CP:: 08720 VILAFRANCA PENEDES

TELF.: FAX:

DE: BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A.

(en adelante, "SANTANDER CENTRAL HISPANO")

CIF: A-39000013

Dpto. de Control y Gestión Documental

Tesorería - Edificio Marisma (valija 9612 / 8795)

Ciudad Grupo Santander, Boadilla del Monte 28660

Muy Sres. nuestros:

El objeto de este documento es confirmar los términos y condiciones de la Operación acordada entre nosotros en la Fecha de la Operación más abajo indicada. Este documento constituye una Confirmación a los efectos establecidos en el Contrato Marco de Operaciones Financieras en la forma publicada por la Asociación Española de Banca Privada (AEB) (en adelante, el "Contrato Marco"). Si a la Fecha de la Operación existe un Contrato Marco firmado entre las partes, la presente Confirmación formará parte y estará sujeta a dicho Contrato. En el caso de que en la Fecha de la Operación no tuviéramos firmado un Contrato Marco, por la presente se acuerda hacer todo lo posible para negociar y firmar un Contrato Marco con las modificaciones que de buena fe acordemos. Todas las estipulaciones contenidas o incorporadas mediante referencia al Contrato Marco regularán esta Confirmación, salvo lo expresamente modificado en la misma. En caso de discrepancia entre lo dispuesto en el Contrato Marco y esta Confirmación, prevalecerá lo dispuesto en esta última.

Los términos y condiciones de la Operación, a la que esta Confirmación hace referencia son los siguientes:

Operación: Permuta Financiera de Tipos de Interés.

El Banco paga trimestralmente un Tipo Variable (EURIBOR 12M/ fijado al inicio de cada Periodo de Cálculo trimestral / el Cliente paga anualmente: i) el Tipo Fijo correspondiente (si el Tipo Variable Medio Trimestral resulta ser igual o inferior al Tipo Barrera Knock-In correspondiente) o ii) el Tipo Variable Medio Trimestral menos el Diferencial correspondiente, en su caso (si el Tipo Variable Medio Trimestral resulta ser superior al Tipo Barrera Knock-In correspondiente).

Los flujos de la presente Operación son equivalentes a la contratación de una permuta financiera de tipos de interés más la venta de un Cap Medio Trimestral con Knock-In. El importe de la prima de la opción Cap vendida por el Cliente se aplica a reducir el Tipo Fijo de la Operación.

Fecha de la Operación: 12/04/2007

Fecha de Inicio: 23/04/2007

Fecha de Vencimiento: 23/04/2010

Importe Nominal: EUR 2.876.000,00

**A) Importes Variables pagaderos por SANTANDER CENTRAL HISPANO:**

Pagador del Tipo Variable: SANTANDER CENTRAL HISPANO

Fechas de Pago para el Pagador del Tipo Variable:

23/07/2007 23/10/2007 23/01/2008 23/04/2008

23/07/2008 23/10/2008 23/01/2009 23/04/2009

23/07/2009 23/10/2009 25/01/2010 23/04/2010

Tipo Variable de Referencia:



Diferencial:

Periodo de Cálculo: EURIBOR 12M según las reglas de cálculo de la Federación Bancaria Europea y que a efectos informativos aparece en la página EURIBOR01 de Reuters (o página que la sustituya).

Ninguno

Trimestral

Base de Liquidación del Tipo Variable de Referencia: ACT/360

Fechas de Fijación del Tipo Variable de Referencia: El segundo Día Hábil anterior a la fecha de inicio de cada Periodo de Cálculo.

Capitalización: N/A

**8) Importes pagaderos por el Cliente:** Para cada uno de los sucesivos Periodos de Cálculo, si el Tipo Variable Medio Trimestral es igual o inferior al Tipo Barrera Knock-In correspondiente, el Cliente pagará, para ese Periodo, el Tipo Fijo correspondiente. Si por el contrario, el Tipo Variable Medio Trimestral es superior al Tipo Barrera Knock-In correspondiente, el Cliente pagará, para ese Periodo, el Tipo Variable Medio Trimestral menos el Diferencial correspondiente, en su caso.

Periodo

Desde (Inclusive) Hasta (Exclusive) Tipo Fijo Tipo Cap Tipo Barrera

Knock-In Diferencial

23/04/2007 23/04/2008 4,48% 4,48 % 4,85 % 0,00 %

23/04/2008 23/04/2009 4,480/, 4,48 % 4,85 % 0,00 %

23/04/2009 23/04/2010 4,48% 4,48 % 4,85 % 0,00 %

Periodo de Cálculo: Anual

Tipo Variable Medio Trimestral: La media aritmética de las fijaciones del EURIBOR 12M según las reglas de cálculo de la Federación Bancaria Europea y que a efectos informativos aparece en la página EURIBOR01 de Reuters, o página que en el futuro la sustituya) obtenido en las Fechas de Observación.

**CUARTO** .- De la redacción de las cláusulas antes transcritas se deduce la complejidad del producto y la difícil comprensión del mismo.

El hecho de ser empresario no faculta sin mas para el conocimiento y comprensión de un clausulado tan opaco en su desarrollo.

La Ley de Mercado de Valores no excluye de su protección a la persona jurídica pues la diatriba no es consumidor o profesional, sino meramente la de inversor profesional o no.

**QUINTO** .- *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.*

**1.-** La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE.

**2.-** 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. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre ), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

**3.-** 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, y expresamente invocado en el recurso y en la sentencia de instancia, 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».

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

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

2.- En este caso, si partimos de los propios hechos acreditados en la instancia, no puede apreciarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración del contrato litigioso; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta sala, en los términos expuestos. En particular, la Audiencia Provincial no hace mención de manera clara y terminante a que el banco informara a los clientes de los riesgos de los productos contratados, que es el elemento determinante para la formación del consentimiento en este tipo de contratos.

Además, no repara en que era preceptiva una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos, y que la entidad no se había asegurado de que los clientes tuvieran conocimientos financieros, ni de que los productos ofertados fueran adecuados a su perfil inversor. 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 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 Primera 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 el Banco 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.-** 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.

No es óbice a la excusabilidad del error la intervención del Sr. Bujalance (titulado en empresariales y contable), pues el asesoramiento a la demandante fue posterior a la contratación del producto complejo, como se declara probado en la sentencia recurrida.

**5.-** Habida cuenta que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia uniforme de esta sala en materia de información y prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera, debe prosperar el recurso, casando la sentencia recurrida, estimando parcialmente la demanda, en concreto la petición de anulabilidad, por concurrencia de error ( arts. 1300 y 1301 del C. Civil ), confirmando en todos sus extremos la dictada por el juzgado de primera instancia, incluido el auto aclaratorio de 11 de octubre de 2011 .

**SÉPTIMO** .- Se imponen a la demandada las costas de la apelación.

No procede imposición de costas en la casación, acordando la devolución del depósito para recurrir en casación. ( arts. 394 y 398 LEC ).

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 Top Cika S.L., contra sentencia de 5 de diciembre de 2013, en recurso de apelación núm. 250/2012, de la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona . **2.º-** Casar la sentencia recurrida, y, en su lugar, confirmamos la dictada en primera instancia con fecha 14 de septiembre de 2011 , en autos de juicio ordinario núm. 532/2010, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Villafranca del Penadés, incluido el auto aclaratorio de 11 de octubre de 2011 . **3.º-** Se imponen a la demandada las costas de la apelación. No procede imposición de costas en la casación, acordando la devolución del depósito para recurrir en 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.