



Roj: **STS 2155/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2155**

Id Cendoj: **28079110012017100333**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/05/2017**

Nº de Recurso: **3032/2014**

Nº de Resolución: **339/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 13395/2014,**
STS 2155/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 30 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 15 de septiembre de 2014, dictada en recurso de apelación núm. 248/2014, de la sección 19.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 443/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 87 de Madrid; recurso interpuesto ante la citada audiencia por Hostinver S.L., representado por el procurador D. Manuel Ortiz de Apodaca García, bajo la dirección letrada de D. Ignacio Sanchón Macías, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el mismo procurador en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Banco Santander S.A. representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijoó bajo la dirección letrada de D. Manuel Muñoz García-Liñan. 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.- La entidad mercantil Hostinver S.L., representado por el procurador D. Manuel Ortiz de Apodaca García y asistido del letrado D. Ignacio Sanchón Macías, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Español de Crédito S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

«Por la que estime íntegramente esta demanda, declarando nulos los contratos objeto de los presentes autos conforme a los fundamentos jurídicos referidos.

»Declarando la obligación de las partes contratantes a restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas, con los intereses legales. Condenando a la entidad demandada al reintegro a mi mandante de todas las liquidaciones y a retroceder cuantos intereses comisiones y gastos se hayan aplicado, como consecuencia de tales liquidaciones. Incluidos los gastos de cancelación de ambos contratos.

»Todo ello con expresa imposición de costas a la entidad demandada».

2.- La entidad mercantil demandada Banco Santander S.A. contestó a la demanda, actuando en su representación el procurador D. Eduardo Codes Feijoó y bajo la dirección letrada de D. Javier Gilsanz Usunaga, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Desestimatoria de las pretensiones de la demanda, con expresa condena en costas a la actora».



3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 87 de Madrid se dictó sentencia, con fecha 12 de diciembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Debo estimar y estimo la demanda promovida por el procurador Sr. Ortiz de Apodaca García en nombre y representación acreditada en la causa.

»Debo declarar y declaro nulas de pleno derecho y sin que pueda producir efecto alguno los contratos: contrato de operaciones financieras de fecha 13/6/2007, contrato de operaciones financieras de fecha 11/1/2008 así como cualesquiera otras cláusulas o aspectos negociales relacionados con dichos contratos o propuestas.

»Debo condenar y condeno a Banco de Santander S.A. a abonar a Hostinver S.L. todas y cada una de las cantidades que haya percibido por este contrato, con más los intereses devengados al tipo legal más dos puntos desde la fecha de cada uno de los apuntes negativos practicados o asentados en la cuenta de la entidad Hostinver S.A., siendo que a su vez dicha entidad deberá devolver a Banco de Santander S.A. aquellas cantidades positivas que hayan recibido como consecuencia de la operativa de esta póliza ahora anulada. Los intereses que deberá abonar correrán desde la fecha de esta sentencia, incrementados en dos puntos hasta el pago o consignación. Esta cantidad se determinará en fase de ejecución de sentencia.

»Debo condenar y condeno a Banco de Santander S.A. al abono de las costas de este litigio».

Solicitada aclaración de la sentencia por la parte demandada en fecha 8 de enero de 2014, mediante auto, se desestimó la petición de aclaración manteniendo la resolución en todos sus términos.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 15 de septiembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que estimando el recurso de apelación formulado por Banco Santander S.A. contra la sentencia de fecha 12 de diciembre de 2013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 87 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 Hostinver S.L. contra dicha parte apelante, declarando no haber lugar a la misma, con imposición a la demandante de las costas procesales causadas en la primera instancia, y sin expreso pronunciamiento en cuanto a las de la presente alzada».

TERCERO.- 1.- Por la entidad mercantil Hostinver S.L. se interpuso recurso extraordinario por infracción que se inadmitió y se interpuso recurso de casación por interés casacional basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- La resolución dictada por la AP de Madrid resulta contraria a la doctrina jurisprudencial pacífica del **Tribunal Supremo** expresada en STS núm. 840/2013 del pleno de la sala, de 20 de enero de 2014 seguida por STS de 7 de julio de 2014 . Doctrina plenamente aplicable pues resulta relativa, precisamente, a la contratación de permutas financieras (swaps), dicho sea con todos los respectos.

Motivo segundo.- La doctrina jurisprudencial de la STS del pleno de la sala núm. 840/2013 y fechada el 20 de enero de 2014 (que pacifica resulta seguida por STS de 7 de julio de 2014), establece, en orden a la apreciación del error, se debe observar el cumplimiento, incumplimiento de la entidad de crédito de sus obligaciones. (Tal y como recoge la STC de 20 de enero, MiFID relativa a los mercados de instrumentos financieros, el art. 79 bis LMV , art. 64 RD 217/2008 de 15 de febrero , art. 4 del Código General de Conducta de los Mercados de Valores del anexo del RD 629/1993, de 3 de mayo).

Motivo tercero.- La sentencia recurrida es contraria a la doctrina jurisprudencial aludida pues ignora cual es el concreto contexto de la contratación (asesoría en inversiones). (Tal y como lo recoge STS de 20 de enero en relación, MiFID, STS de 18 de abril 2013 , el art. 4 del Código General de Conducta de los Mercados de Valores del anexo del RD 629/1993, de 3 de mayo).

Motivo cuarto.- Tal y como se recoge en STS 20 de enero, STS núm. 244/2013 de 18 de abril de 2013 (Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril en su anexo II, art. 64 Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero).

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 21 de diciembre de 2016 , se acordó admitir el recurso 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 Feijoó, 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 23 de mayo 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 firmados el 13 de junio de 2007 y el 11 de enero de 2008.

2. La sentencia de primera instancia.

Estimó la demanda y declaró la nulidad de los swap.

Declaró que no se informó al cliente sobre el riesgo, máxime al existir unas barreras de funcionamiento que dejaban desprotegido al cliente.

3. La sentencia de segunda instancia.

- Estimó el recurso de apelación del banco y desestimó la demanda al no apreciar la existencia de error.

- La Audiencia considera que del contrato se advierte el riesgo (en el que había un aviso sobre el riesgo) y de su lectura se advierte con claridad su dinámica; que el representante de la mercantil demandante cuenta con estudios jurídicos y ya había contratado antes productos semejantes que canceló, y, dado su perfil profesional, debió conocer los riesgos; además, la cláusula de cancelación anticipada no podía prever por adelantado el importe de la cancelación.

4. El recurso de casación.

Se interpone por la mercantil demandante en base al interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre:

- Alcance del deber de información y su incidencia en el error vicio.

- Incumplimiento de la obligación de evaluar al cliente.

SEGUNDO .- *Contratos de swap de 13 de junio de 2007 y 11 de enero de 2008.*

En el contrato de 13 de junio de 2007 constan como términos contractuales, los siguientes, que son similares, en lo esencial a los del contrato de 11 de enero de 2008.

«Los términos contenidos en las presentes condiciones particulares y en las condiciones generales que no estén expresamente definidos en ambos documentos, se interpretarán de acuerdo con las definiciones incluidas en el contrato marco de operaciones financieras "CMOF" elaborado por la Asociación Española de Banca Privada (AEH) y protocolizado en acta autorizada por el notario de Madrid Don Vicente Moreno-Torres Camy con fecha 5 de Febrero de 1997, número 206 de su protocolo. En aquellos casos no contemplados en dicho contrato marco, se aplicarán las definiciones "2000 ISDA definitions", elaboradas por la International Swap Dealers Association.

Tipo de operación Permuta Financiera de tipos de interés con tipo fijo creciente y convertible a tipo variable con diferencial.

Importe Nominal: 275000 EUR

Fecha Operación: 13-6-2007

Fecha de Inicio: 28 de junio de 2007

Fecha de Vencimiento: 28 de junio de 2010.

IMPORTES FIJOS

Períodos de Cálculo Trimestrales desde la fecha de inicio hasta la fecha de vencimiento.

Pagador de importes fijos Cliente, siempre y cuando el tipo variable de referencia determinado para un período de cálculo sea igual o inferior a la barrera aplicable.

Fechas de pago para el

pagador de importes fijos El último día de cada período de cálculo hasta la fecha de



vencimiento incluida y sujeto a ajustes de acuerdo con la convención día hábil.

Importes Fijos Importe nominal *tipo fijo aplicable* base de liquidación del tipo fijo.

Tipo variable de referencia El Euribor 3 meses fijado al inicio de cada período de cálculo, que es el tipo de interés actualmente publicado en la página de Reuters EURIBOR01 dos días hábiles anteriores al primer día del período de cálculo relevante.

Es decir:

Referencia de liquidación para el tipo variable -EUR- EURIBOR-Telerate

Plazo de la referencia para el tipo variable: 3 meses

Fechas de determinación del tipo variable: La fecha inicial de cada período de cálculo.

Tipo fijo aplicable Períodos de cálculo 1: 4,10%

Períodos de cálculo 2: 4,35%

Períodos de cálculo 5, 6,7 y 8: 4,90%

Períodos cálculo 9,10,11 y 12: 5,10%

Barrera aplicable Períodos de cálculo 1: 4,30%

Períodos de cálculo 2: 4,60%

Períodos de cálculo 3 y 4: 4,95%

Períodos de cálculo 5, 6,7 y 8: 5,05%

Períodos cálculo 9,10,11 y 12: 5,10%

Base de liquidación

del tipo fijo Actual/360

IMPORTES VARIABLES I :

Períodos de Cálculo Trimestrales desde la fecha de inicio hasta la fecha de vencimiento.

Pagador de importes variables I Cliente, siempre y cuando el tipo variable de referencia determinado para un período de cálculo sea superior a la barrera aplicable.

Fechas de pago de importes variables I El último día de cada período de cálculo después hasta la fecha de vencimiento incluida y sujeto a ajustes de acuerdo con la convención día hábil.

Importes variables I Importe nominal *(tipo variable I + diferencial)* base de liquidación del tipo variable I.

Tipo variable I El Euribor 3 meses fijado al inicio de cada período de cálculo, que es el tipo de interés actualmente publicado en la página de Reuters EURIBOR01 dos días hábiles anteriores al primer día del



período de cálculo relevante. Es decir:

Referencia de liquidación para el tipo variable -EUR-
EURIBOR- Telerate

Plazo de la referencia para el tipo variable: 3 meses

Fechas de determinación del tipo variable: La fecha
inicial de cada período de cálculo.

Diferencial -0,15% (menos 15 puntos básicos)

Base de liquidación del tipo variable I Actual/360

IMPORTES VARIABLES II :

Períodos de Cálculo Trimestrales desde la fecha de inicio hasta la
fecha de vencimiento

Pagador de importes variables II Banesto.

Fechas de pago de importes variables II El último día de cada período de cálculo hasta
la fecha de vencimiento incluida y sujeto a
ajustes de acuerdo con la convención día hábil.

Importes variables II Importe nominal *tipo variable II* base de liquidación
del tipo variable II.

Tipo variable II El Euribor 3 meses fijado al inicio de cada período de cálculo,
que es el tipo de interés actualmente publicado en la página
de Reuters EURIBOR01 dos días hábiles anteriores
al primer día del período de cálculo relevante. Es decir:

Referencia de liquidación para el tipo variable: EUR-
EURIBOR-Telerate

Plazo de la referencia para el tipo variable: 3 meses.

Fechas de determinación del tipo variable: La fecha inicial
de cada período de cálculo.

Base de liquidación del tipo variable II Actual/360»

TERCERO .- *Relación de hechos acreditados* .

1. Se contrataron dos contratos de swap, no vinculados directamente a préstamos, pero relacionados con el endeudamiento financiero que tenía el cliente con el banco.

2. En el primero no se practicó test de idoneidad, al no ser necesario. En el segundo sí se practicó.

Igualmente se formalizaron test en 2009, posteriores a los contratos de swap, por lo tanto, irrelevantes para este litigio.

3. El administrador de la sociedad demandante es licenciado en derecho y su experiencia financiera en productos complejos se limita a otros swap de los que no consta su resultado positivo o negativo en las liquidaciones.

4. Por la dirección del banco que le ofreció los swap no se practicó simulación alguna de su funcionamiento (folio 8 de la sentencia del juzgado, no contradicha en este aspecto por la de la Audiencia Provincial).

CUARTO .- *Causas de inadmisibilidad* .

Se rechazan las causas de inadmisibilidad:

1. Se concreta la jurisprudencia que se solicita por referencia a lo ya declarado por esta sala.

2. Se especifica el interés casacional, por contradicción con la jurisprudencia de la sala.

3. En el recurso de casación se respeta la valoración probatoria.

QUINTO.- *Motivos segundo, tercero y cuarto .*

1.- Motivo segundo.- La doctrina jurisprudencial de la STS del pleno de la sala núm. 840/2013 y fechada el 20 de enero de 2014 (que pacifica resulta seguida por STS de 7 de julio de 2014), establece, en orden a la apreciación del error, se debe observar el cumplimiento, incumplimiento de la entidad de crédito de sus obligaciones. (Tal y como recoge la STC de 20 de enero, MiFID relativa a los mercados de instrumentos financieros, el art. 79 bis LMV , art. 64 RD 217/2008 de 15 de febrero , art. 4 del Código General de Conducta de los Mercados de Valores del anexo del RD 629/1993, de 3 de mayo).

2.- Motivo tercero.- La sentencia recurrida es contraria a la doctrina jurisprudencial aludida pues ignora cual es el concreto contexto de la contratación (asesoría en inversiones). (Tal y como lo recoge STS de 20 de enero en relación, MiFID, STS de 18 de abril 2013 , el art. 4 del Código General de Conducta de los Mercados de Valores del anexo del RD 629/1993, de 3 de mayo).

3.- Motivo cuarto.- Tal y como se recoge en STS 20 de enero, STS núm. 244/2013 de 18 de abril de 2013 (Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril en su anexo II, art. 64 Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero).

SEXTO .- *Decisión de la sala .*

Se estiman los motivos, que se analizan conjuntamente, sin ser necesario el estudio del primer motivo por irrelevante.

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 más para el conocimiento y comprensión de un clausulado tan opaco en su desarrollo.

Examinados los contratos no estamos ante un sistema de compensación de riesgos sino de un contrato aleatorio, que no pretende compensar sino abonar cantidades en función de circunstancias no previsibles, o inciertas, al menos para el prestatario.

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.

SÉPTIMO .- *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 a los contratos de permuta financiera litigiosos, 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».

OCTAVO .- *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 de los contratos litigiosos; 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 compararse 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 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 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.

5.- Esta obligación informativa se acrecienta en el segundo contrato, que se regula por la normativa postMifid.

6.- 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 confirmar la sentencia del juzgado de primera instancia, por concurrencia de error (arts. 1300 y 1301 del C. Civil).

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

Se imponen a la demandada las costas de la apelación.

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 Hostinver S.L. contra sentencia de 15 de septiembre de 2014, dictada en el recurso de apelación núm. 248/2014, de la sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid . **2.º-** Casar la sentencia recurrida y, en su lugar, confirmamos la dictada en primera instancia con fecha 12 de diciembre de 2013, en autos de juicio ordinario núm. 443/2013 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 87 de Madrid. **3.º-** No procede imposición de costas de la casación, procediendo la devolución del depósito para recurrir. **4.º-** Se imponen a la demandada las costas de la apelación. 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.