

Roj: STS 5674/2016 - **ECLI:**ES:TS:2016:5674

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1999/2013

Nº de Resolución: 727/2016

Fecha de Resolución: 19/12/2016

Procedimiento: Casación

Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES

Tipo de Resolución: Sentencia

Cuestión:

Contrato de permuta financiera. Swap. Deberes de información de la entidad de servicios de inversión. Error vicio del consentimiento. Reiteración de la jurisprudencia de la Sala.

Resumen:

Swap contratado por mercantil, cliente minorista, en marco de un CMOF y a sugerencia de la entidad financiera. Tras recibir liquidaciones negativas la entidad demandó la nulidad del contrato, con retrocesión y compensación de todas las cantidades abonadas y, subsidiariamente, que se le reconocerá su derecho a desistir. La demanda, estimada en primera instancia, fue rechazada en apelación, por considerarse que el cliente era la matriz de un importante grupo empresarial, que contaba con asesoramiento externo de una empresa de consultoría y auditoría, y porque realizado test de idoneidad al administrador se apreció que el producto era adecuado a su perfil, siendo el citado administrador un licenciado empresariales y especialista en marketing. Defecto de información con arreglo a la normativa MiFID. Doctrina jurisprudencial sobre el incumplimiento de las obligaciones de información y su incidencia en el error vicio. Los argumentos de la audiencia son contrarios a dicha doctrina porque no se informó de los riesgos asociados a liquidaciones negativas ni en cuanto al coste de cancelación, es el banco el que debe informar, no el cliente el que debe buscar asesoramiento, y no cabe suplir ese deber de información con el contenido contractual, ni es óbice que el administrador fuera licenciado ya que el swap exige conocimientos específicos de esa clase de productos. Como el banco debió informar y no lo hizo, el conocimiento equivocado de los riesgos determina que el error fue excusable.

Encabezamiento

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 19 de diciembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Pegamo Navarra S.A., representada por la procuradora D.ª Silvia Vázquez Senín, bajo la dirección letrada de D.ª Abigail de la Iglesia Peña, contra la *sentencia núm. 168/2013, de 30 de mayo*,

dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en el recurso de apelación núm. 3123/2013 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 471/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de San Sebastián. Ha sido parte recurrida Banco de Santander S.A., representada por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de D. Ernesto Benito Sancho y D. Javier Gilsanz Usunaga.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.^a Elena García del Cerro Corredera, en nombre y representación de Pegamo Navarra S.A, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco de Santander S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«en la que con estimación íntegra de la demanda, establezca los siguientes pronunciamientos y condenas:

»1º.- Que se declare la NULIDAD por las causas señaladas en el cuerpo de este escrito, del contrato de operaciones financieras que existe entre los litigantes titulado "Confirmación Swap ligado a inflación" junto con todos los documentos anexos al mismo y que se firmaron conjuntamente, suscritos por la actora con la entidad bancaria demandada en fecha 16 de Julio de 2008, con la consiguiente obligación para las partes de restituirse recíprocamente las liquidaciones realizadas hasta la fecha en virtud del mencionado producto financiero, con intereses legales y con declaración de nulidad de las liquidaciones que se generen durante la tramitación del procedimiento.

»2º.- Subsidiariamente, se declare el derecho de Pegamo Navarra, S.A. a desistir del citado contrato sin abonar cantidad alguna a la demandada. Alternativamente, se declare que el demandante tiene derecho de apartarse anticipadamente del contrato de fechas 16 de Julio de 2008, sin obligación de pago de penalización alguna al Banco demandado, declarando nula o anulando cualquier estipulación contractual que se oponga a ello por resultar éstas oscuras, abusivas y se tendrán por no puestas (cláusula de cancelación anticipada).

»3º.- En todos los casos, se condene expresamente al demandado, al pago de las costas procesales».

2.- La demanda fue presentada el 2 de mayo de 2012 y repartida al Juzgado al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Donostia-San Sebastián, fue registrada con el núm. 471/2012. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Josefina Llorente López, en representación de Banco de Santander S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]dicte sentencia en su día desestimatoria de las pretensiones de la demanda, con expresa condena en costas a la parte demandante».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del *Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Donostia-San Sebastián dictó sentencia núm. 273/2012, de 27 de diciembre , con la siguiente parte dispositiva:*

«FALLO: Que ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda deducida por la Procuradora Dña. Elena García del Cerro Corredera en nombre y representación de PEGAMO NAVARRA, S.A. frente a BANCO DE SANTANDER, S.A., con los pronunciamientos siguientes:

»1.- DECLARAR LA NULIDAD del contrato de operaciones financieras que existe entre los litigantes titulado "Confirmación Swap ligado a inflación", junto con todos los documentos anexos al mismo y que se firmaron conjuntamente, suscritos por la actora con la entidad bancaria de fecha 16 de Julio de 2.008, con la consiguiente obligación para las partes de restituirse recíprocamente las liquidaciones realizadas hasta la fecha en virtud del mencionado producto financieros, con intereses legales y con declaración de nulidad de las liquidaciones que se generen durante la tramitación del procedimiento.

»2.- Se condena a la demandada a abonar las costas del presente procedimiento».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco de Santander S.A.

2.- La *resolución de este recurso correspondió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que lo tramitó con el número de rollo 3128/2013 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia núm 168/2013, de 30 de mayo , cuya parte dispositiva dice:*

«FALLAMOS: Estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Banco de Santander S.A. contra la *sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de San Sebastián de fecha 27 de diciembre de 2.012* y; debemos revocar y revocamos la resolución recurrida, desestimando la demanda con imposición de las costas de la instancia al demandante y sin pronunciamiento en costas en la alzada.

»Devuélvase al apelante el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Secretario Judicial del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución».

3.- Por auto de fecha 3 de julio de 2013, se declaró no haber lugar a la aclaración de la anterior sentencia.

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

1.- La procuradora D.ª Elena García del Cerro Corredera, en representación de Pegamo Navarra S.A., interpuso recurso de casación.

El único motivo del recurso de casación fue:

«La excusabilidad del error. Sobre si la deficiente o insuficiente información facilitada por el Banco sobre la naturaleza y características del producto y la cancelación anticipada del mismo pueden ser por si determinantes de un error invalidante del contrato o si por el contrario cabe trasladar al cliente el deber de

analizar y conocer los riesgos del mismo. Que debe entenderse por "experto financiero"».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 20 de julio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil Pegamo Navarra S.A. contra la *sentencia dictada, en fecha 30 de mayo de 2013, por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 3123/2013* dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 471/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de San Sebastián».

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

4.- Por providencia de 4 de noviembre de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 1 de diciembre de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- El 16 de julio de 2008, la compañía mercantil Pegamo Navarra S.A. (en adelante, Pegamo), dedicada a la explotación industrial y alquiler de carretillas elevadoras, suscribió con Banco Santander S.A. un contrato marco de operaciones financieras (CMOF).

2.- El 18 de julio de 2008, a sugerencia de la entidad financiera, las mismas partes suscribieron un contrato denominado confirmación swap ligado a inflación, con un nominal de 300.000 €, fecha de inicio el 18 de julio de 2008 y fecha de vencimiento el 18 de julio de 2016.

3.- En la ejecución del contrato, se giraron liquidaciones negativas para el cliente por importe total de 50.200,88 €.

4.- Pegamo formuló demanda contra Banco Santander, en la que solicitaba la nulidad del contrato de swap, con retrocesión y compensación de todas las liquidaciones practicadas; y subsidiariamente, que se reconociera el derecho de desistimiento sin coste por parte de Pegamo. Tras la oposición de la demandada, el juzgado dictó sentencia en la que consideró resumidamente: (i) No consta que la entidad financiera explicara el producto al cliente, ni que le informase de la posibilidad de liquidaciones negativas; (ii) El producto se comercializó a instancia de la entidad financiera por vía telefónica y no se entregó copia del contrato a Pegamo hasta fechas posteriores a su firma; (iii) El cliente no tiene la consideración legal de experto; (iv) Tampoco se hizo mención alguna al coste de cancelación; (v) Como consecuencia de todo ello, existió error excusable en la prestación del consentimiento por la cliente. En su virtud, estimó la demanda.

5.- Interpuesto recurso de apelación por la demandada fue estimado por la

Audiencia Provincial, por las siguientes y resumidas razones: (i) Pegamo Navarra es la matriz de un importante grupo empresarial; (ii) Cuenta con asesoramiento externo de una sociedad de consultoría y auditoría; (iii) Se realizó al administrador de la sociedad un test de idoneidad, del que se deduce que el producto era adecuado para su perfil inversor; (iv) Dicho administrador es licenciado en empresariales y especialista en marketing; (v) Hubo información, aunque somera y rápida; (vi) No puede apreciarse error excusable. Como consecuencia de lo cual, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Planteamiento y oposición de la parte recurrida a la admisibilidad del recurso.*

1.- Pegamo Navarra interpuso recurso de casación contra dicha sentencia, al amparo del *art. 477.2.3º LEC*, basado en un único motivo, en el que, tras justificar la existencia de interés casacional por la existencia de resoluciones contradictorias de las Audiencias Provinciales, denunció infracción de los *arts. 1.265 y 1.266 CC*, en relación con los *arts. 78 y 79 de la Ley del Mercado de Valores (LMV)* y *62, 64 y 72 a 74 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero*, sobre el régimen jurídico de las empresas de inversión.

2.- La parte recurrida se opone a la admisión del recurso de casación, al afirmar que se pretende una revisión de la base fáctica de la sentencia, que no existe interés casacional y que se citan normas legales genéricas y heterogéneas.

3.- Para resolver sobre esta oposición a la admisibilidad del recurso, hemos de recordar la doctrina de esta Sala sobre causas absolutas y relativas de inadmisibilidad, fijada en el auto del Pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso nº 485/2012), y reiterada en las *sentencias núm. 351/2015, de 15 de junio, 550/2015, de 13 de octubre, 577/2015, de 5 de noviembre, y 188/2016, de 18 de marzo*. Son causas absolutas de inadmisión las que se refieren al carácter irrecurrible de la resolución, la interposición fuera de plazo del recurso y las que afectan al cumplimiento de los requisitos legales de procedibilidad de los recursos. Mientras que son causas relativas las que afectan a la técnica casacional y a la exposición del interés casacional.

Como declara la *sentencia de esta Sala núm. 439/2013, de 25 de junio*, puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia.

4.- En este caso, el único motivo de casación sí supera el estándar de admisibilidad, por las siguientes razones: (i) No se altera la base fáctica de la sentencia, únicamente se discute la valoración jurídica de tales hechos; (ii) Pese a la cita de diversos preceptos legales, se identifican correctamente los que atañen directamente al caso y se consideran infringidos, específicamente los *arts. 1.265 y 1.266 CC*, los *arts. 78 y 79 LMV* y el *RD 217/2008*; (iii) Se invocan diversas sentencias de Audiencias Provinciales que, ciertamente, resultan contradictorias entre sí y con la que es objeto de recurso. Es decir, los problemas jurídicos están suficientemente identificados y el interés casacional es evidente a la vista de cómo se ha planteado el problema ante las distintas Audiencias Provinciales, con líneas de

decisión diferentes. Esto ha permitido que la parte recurrida pueda haberse opuesto adecuadamente al recurso, sabiendo cuáles eran las cuestiones relevantes, y que el tribunal haya podido abordar las cuestiones jurídicas planteadas.

TERCERO.- *Las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera posteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.*

1.- La Ley 47/2007, de 19 de noviembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa "MiFID" (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés Markets in Financial Instruments Directive), que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión.

2.- Tras la reforma, 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, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesa sobre la entidad recurrente no se limita a cerciorarse de que el cliente minorista conoce bien en qué consistía el producto que contrata y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debe evaluar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que más le conviene (sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre , 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 102/21016, de 25 de febrero).

CUARTO.- *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* ; y *595/2016, de 5 de octubre*).

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 se basa en que el administrador social es licenciado en empresariales y experto en marketing, por lo que pudo comprender el contrato al leerlo, y en que hubo una información previa, aunque somera y rápida. Sin embargo, ni afirma que se advirtiera expresa y suficientemente sobre los riesgos asociados a la posibilidad de liquidaciones negativas, ni tampoco sobre la posibilidad de un elevado coste de cancelación anticipada.

En suma, los propios datos que toma en consideración la sentencia recurrida son completamente insuficientes para entender cumplido el estándar de información exigible. Máxime cuando la única información ofrecida se hizo por teléfono y sin mención alguna a los riesgos del producto. Por lo que no puede compartirse en modo alguno que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales.

Según dijimos en las *sentencias núm. 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 -activa y no de mera disponibilidad- 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.

Y en cuanto al aviso genérico sobre la existencia de riesgos, como dijimos en la *sentencia núm. 195/2016, de 29 de marzo*, no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato de swap, la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y se requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente, como son los que se concretaron posteriormente en las elevadas liquidaciones negativas practicadas, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (*sentencias núm. 689/2015, de 16 de diciembre*, y *31/2016, de 4 de febrero*). Como hemos dicho en múltiples resoluciones, no basta una mera ilustración sobre lo obvio, es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés.

Tampoco es determinante, a estos efectos, que el administrador de la recurrente fuera licenciado en ciencias empresariales. Como dijimos en la *sentencia núm. 60/2016, de 12 de febrero* :

«No cualquier capacitación profesional, relacionada con el Derecho y la Empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir está capacidad de tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos. La capacitación y experiencia deben tener relación con la inversión en este tipo de productos complejos u otros que permitan concluir que el cliente sabe a qué tiene que atender para conocer cómo funciona el producto y conoce el riesgo que asume. [...] Aquellos meros conocimientos generales no son suficientes, y la experiencia de la compañía en la contratación de swaps tampoco, pues el error vicio se predica de la contratación de todos ellos y, por el funcionamiento propio del producto, es lógico que el cliente no fuera consciente de la gravedad del riesgo que había asumido hasta que se produjeron las liquidaciones negativas con la bajada drástica de los tipos de interés».

3.- El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euribor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la *sentencia del Pleno de esta Sala 1ª 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 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.

4.- La entidad recurrida prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero 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.- 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 Banco de Santander contra la sentencia de primera instancia, que se confirma.

QUINTO.- *Costas y depósitos.*

1.- La estimación del recurso de casación supone desestimación del recurso de apelación, por lo que deben imponerse a Banco de Santander, S.A. las costas causadas por éste, de conformidad con lo previsto en el *artículo 398.1 LEC* . Mientras que no procede hacer expresa imposición de las causadas por el recurso de casación, según determina el *artículo 398.2 de la misma Ley* .

2.- Procede acordar también la devolución del depósito constituido para el recurso de casación, de conformidad con la *disposición adicional 15ª, apartado 8, LOPJ* .

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Pegamo Navarra S.A., contra la *sentencia núm. 168/2013, de 30 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3.ª, en el recurso de apelación núm. 3123/2013* . **2.º-** Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco de Santander, S.A. contra la *sentencia núm. 273/2012, de 27 de diciembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de San Sebastián* , en el juicio ordinario núm. 471/2012, que confirmamos íntegramente. **3.º-** Imponer a Banco de Santander S.A. las costas del recurso de apelación. **4.º-** No haber lugar a la imposición de las costas causadas por el recurso de casación. **5.º-** Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.

