

Roj: **STS 542/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:542**Id Cendoj: **28079110012017100091**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **14/02/2017**Nº de Recurso: **375/2014**Nº de Resolución: **83/2017**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 14 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por Locrifer S.L., representada por el procurador D. Miguel Torres Álvarez, bajo la dirección letrada de D. Salvador Benítez Gallego, contra la sentencia núm. 337/2013, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería en el recurso de apelación núm. 570/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 2172/2010, del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Almería. Ha sido parte recurrida Banco Santander S.A., representado por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de D. Antonio García Montes.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Marta Díaz Martínez, en nombre y representación de Locrifer S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco de Santander S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que se acuerde lo siguiente:

-Se declare la nulidad del contrato marco de operaciones financieras CMOF y de la CONFIRMACIÓN DE OPCIONES DE TIPO DE INTERES COLLAR CON BARRERA KNOCK-OUT EN EL CAP Y BARRERA KNOCK-IN FLOOR de fecha 23 de julio de 2.008, dejando sin efecto las liquidaciones efectuadas en virtud del mismo hasta la fecha de la sentencia con la obligación de restituirse las partes recíprocamente lo percibido en virtud del producto financiero más los intereses legales que correspondan a cada liquidación.

-Con imposición de costas a la parte demandada».

2.- La demanda fue presentada el 1 de octubre de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Almería y fue registrada con el núm. 2172/2010. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Salvador Martín Alcalde, en representación de Banco de Santander, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda deducida por la mercantil Locrifer S.L. contra mi mandante Banco de Santander S.A. absolviendo a ésta última de todos sus pedimentos, todo ello con expresa imposición de costas a la demandante».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-jueza del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Almería dictó sentencia núm. 167/2012, de 30 de julio, con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que debo ESTIMAR y ESTIMO la demanda interpuesta en nombre y representación de LOCRIFER S.L. contra BANCO SANTANDER S.A., y condene a la demandada a los siguientes pronunciamientos:



1.- Se declara la nulidad del contrato marco de operaciones financieras CMOF y de la confirmación de opciones de tipo de interés collar con barrera knock-out en el cap y barrera knock-in en el floor de fecha 23 de julio de 2.008, dejando sin efecto las liquidaciones efectuadas en virtud del mismo, con la obligación de restituirse las partes recíprocamente lo percibido en virtud el producto financiero más los intereses legales que correspondan a cada liquidación.

2.- Al pago de las costas procesales».

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 Primera de la Audiencia Provincial de Almería, que lo tramitó con el número de rollo 570/2012 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 19 de noviembre de 2013 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que con ESTIMACIÓN del recurso de apelación deducido contra la Sentencia 167/2012, de 30 de julio , dictada por la Ilma. Sra. Magistrada- Jueza del Juzgado de Primera nº 1 de Almería en autos 2172/2010 del que deriva la presente alzada,

1.- REVOCAMOS la expresada resolución.

2.- En su sustitución, DESESTIMAMOS la demanda formulada por D^a MARTA DÍAZ MARTÍNEZ, en nombre y presentación de LOCRIFER SL, contra BANCO SANTANDER S.A

3.- En consecuencia, ABSOLVEMOS a BANCO DE SANTANDER S.A de las pretensiones formuladas en su contra.

4.- Sin imposición de costas ocasionadas en primera instancia.

5.- Sin imposición de costas ocasionadas en esta alzada».

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.*

1.- La procuradora D^a Marta Díaz Martínez, en representación de Locrifer S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del art. 469.1.2º en cuanto a la infracción de las normas reguladoras de la sentencia.

Segundo.- Al amparo del art. 469.1.4º en cuanto a que se alega la vulneración en el proceso civil de uno de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE , en relación con la valoración de la prueba».

El único motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Al amparo del art. 477.2.3º de la LEC y art. 477.3 de la LEC por infracción de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil , en relación con los arts. 78 , 79 y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores (en la línea establecida por la MIFID, LEY 47/2007, de 19 de Diciembre que introduce la Directiva 2004/39/CE) y en relación igualmente con los artículos 3 y 80 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (concreción de consumidor y usuario, requisitos de transparencia, claridad, accesibilidad, buena fe y equilibrio inter partes) así como los artículos 5 , 7 , 8 y 9 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , existiendo jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales [...]»

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 en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 21 de septiembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad mercantil Locrifer, S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 19 de noviembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Almería, Sección 1ª, en el rollo de apelación n.º 570/2012 , dimanante del juicio ordinario 2170/2010 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Almería».

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 25 de noviembre de 2016, se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 8 de febrero de 2017, en que ha tenido lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- El 23 de julio de 2008, la compañía mercantil Locrifer S.L. concertó con Banco Santander S.A. un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) y un contrato denominado «confirmación de opciones de tipo de interés collar con barrera knock-out en el cap y barrera knock-in en el floor», con un nominal de 1.000.000 € y un plazo de duración de cinco años.

2.- Locrifer formuló demanda contra Banco Santander, en la que solicitaba la nulidad de los mencionados contratos por vicio del consentimiento, con restitución de las prestaciones. Tras la oposición de la demandada, el juzgado dictó sentencia en la que consideró resumidamente: (i) La información precontractual fue deficiente; (ii) Todo el proceso de contratación se realizó en unidad de acto en un mismo día; (iii) El contrato se celebró a instancia de la entidad financiera, sin entrega de folletos o ejemplificaciones sobre datos concretos; (iv) No se informó al cliente sobre las consecuencias de una bajada de los tipos de interés; (v) El propio director de la sucursal que ofreció el producto desconocía sus características; (vi) El cliente incurrió en error esencial y excusable al contratar, al no poder ser consciente de los riesgos inherentes al contrato. En su virtud, estimó la demanda.

3.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad demandada, fue estimado por la Audiencia Provincial, por las siguientes y resumidas razones: (i) La empresa demandante tiene experiencia en productos financieros, al haber contratado con anterioridad pólizas de préstamo y crédito; (ii) No es consumidora; (iii) En el contrato se incluía un anexo donde constaba el funcionamiento del producto; (iv) La actora únicamente denuncia el contrato cuando empieza a recibir liquidaciones negativas; (v) No puede apreciarse error excusable. Como consecuencia de lo cual, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO. *Primer motivo de infracción procesal. Justicia rogada y carga de la prueba.*

Planteamiento:

1.- Al amparo del art. 469.1.2º LEC formula Locrifer un primer motivo de casación, por infracción de los arts. 216 y 217 LEC .

2.- En el desarrollo del motivo, se alega resumidamente, en cuanto al art. 216 LEC , que la sentencia se basa en consideraciones que no tienen apoyo probatorio; y en cuanto al art. 217, aduce que se atribuye equivocadamente la carga de la prueba de la información al cliente, cuando legalmente corresponde a la entidad financiera.

Decisión de la Sala:

1.- El motivo es totalmente inconsistente y ha de ser desestimado. Respecto de la supuesta infracción del art. 216 LEC , el deber de exhaustividad no implica que deban tratarse minuciosamente todas las alegaciones realizada por las partes, y basta con leer la sentencia para comprobar que da respuesta a todas las cuestiones planteadas y que expresa las razones por las que adopta su resolución. Cosa distinta es que las mismas no convengan a la parte, o que no sean jurídicamente acertadas, en cuyo caso deben ser combatidas en el recurso de casación, pero no en esta sede puramente procesal.

2.- En cuanto al art. 217 LEC , la sentencia recurrida no lo cita, ni hace mención alguna a la distribución de la carga de la prueba. Por lo demás, es contradictorio afirmar que se han infringido las normas de la carga de la prueba, lo que presupone ausencia de prueba, y al tiempo, formular otro motivo de infracción procesal por error en la valoración de la prueba.

TERCERO.- *Segundo motivo de infracción procesal. Error en la valoración de la prueba.*

Planteamiento:

El segundo motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.4 LEC , en relación con el art. 24 CE , por valoración de la prueba errónea y arbitraria, en cuanto al ofrecimiento de información por parte de la entidad financiera y su incidencia en el error en el consentimiento.

Decisión de la Sala:

1.- En nuestro sistema procesal no cabe una tercera instancia. Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso extraordinario de infracción procesal, con fundamento en el art. 469.1.4º LEC , debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE . En relación con lo cual, el Tribunal Constitucional (TC) ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de



la prueba, destacando su directa relación con los aspectos fácticos del supuesto litigioso. Así, por ejemplo, en las sentencias 55/2001, de 26 de febrero, 29/2005, de 14 de febrero, 211/2009, de 26 de noviembre, 25/2012, de 27 de febrero, 167/2014, de 22 de octubre, y 152/2015, de 6 de julio, destacó que concurre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración». Asimismo, en la mencionada sentencia núm. 55/2001, de 26 de febrero, el TC identificó los requisitos de necesaria concurrencia para que quepa hablar de una vulneración de la tutela judicial efectiva por la causa que examinamos y se refirió, en particular, a que el error debe ser patente, es decir, «inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia»

2.- A su vez, en las sentencias de esta Sala 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, 44/2015, de 17 de febrero, 235/2016, de 8 de abril, 303/2016, de 9 de mayo, y 714/2016, de 29 de noviembre (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

3.- En este caso, lo que la parte pretende es que este Tribunal de casación se convierta en una tercera instancia y revise pormenorizadamente cada uno de los medios probatorios que la recurrente considera oportunos, al tiempo que pretende suplantar las facultades valorativas del tribunal de instancia por las suyas propias. Lo que resulta inatendible, hasta el punto de que este motivo de infracción procesal no debió superar la fase de admisión, por lo que ahora debe ser desestimado.

Recurso de casación

CUARTO.- *Planteamiento y oposición de la parte recurrida a la admisibilidad del recurso.*

1.- Locrifer 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. 1265 y 1266 CC, en relación con los arts. 78, 79 y 79 bis LMV, 3 y 80 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 5, 7, 8 y 9 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

2.- La parte recurrida se opone a la admisión del recurso de casación, al afirmar que no existe interés casacional, al existir ya jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sin embargo, ello no puede ser compartido, puesto que al tiempo de interposición del recurso de casación todavía no existía una jurisprudencia uniforme y concluyente de esta Sala sobre las obligaciones de información de las entidades de servicios de inversión en los contratos de permuta financiera y sobre su incidencia en el error vicio del consentimiento; lo que ha tenido lugar posteriormente.

3.- Cosa distinta es que la mención en el recurso a la infracción de los arts. 3 y 80 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios carezca de sentido, puesto que la recurrente es una compañía mercantil con ánimo de lucro (art. 116 CCom.), por lo que, conforme al propio art. 3 indicado, carece de la cualidad legal de consumidora.

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

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).

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 ; 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 ni siquiera llega a afirmar que se ofreciera información al cliente y únicamente se remite al contenido de la propia documentación contractual. Es más, dado que reconoce que lo que se pretendía por el cliente era conjurar los riesgos de una subida de los tipos de interés, no trata la cuestión primordial de que fuera debidamente informado y advertido, 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, ya que no se hace mención al riesgo de bajadas del euríbor.

En suma, los propios datos que toma en consideración la sentencia recurrida son insuficientes para entender cumplido el estándar de información exigible. 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 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.

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 1ª núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, «esa ausencia de información permite presumir el error». 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.

SÉPTIMO.- Costas y depósitos.

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva que deban imponerse a la recurrente las costas causadas por el mismo, según establece el art. 398.1 LEC .

2.- 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 .

3.- Procede acordar también la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida de los prestados para los recursos de apelación y extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ .

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Locrifer S.L. contra la sentencia núm. 337/2013, de 19 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Almería, Sección 1ª, en el recurso de apelación núm. 570/2012 . **2.º-** Estimar el recurso de casación interpuesto por Locrifer S.L. contra la expresada sentencia, que casamos y anulamos, y en su lugar, desestimar el recurso de apelación



interpuesto por Banco de Santander, S.A. contra la sentencia núm. 167/2012, de 30 de julio, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Almería, en el juicio ordinario núm. 2172/2010, que confirmamos íntegramente. **3.º**- Imponer a Locrifer S.L. las costas del recurso extraordinario por infracción procesal. **4.º**- Imponer a Banco de Santander S.A. las costas del recurso de apelación. **5.º**- No haber lugar a la imposición de las costas causadas por el recurso de casación. **6.º**- Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida de los prestados para los recursos extraordinario por infracción procesal y de 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ