

Roj: **STS 22/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:22**Id Cendoj: **28079110012017100006**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **10/01/2017**Nº de Recurso: **1760/2013**Nº de Resolución: **2/2017**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP BI 1779/2013,**
STS 22/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 10 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 155/2013 de 16 de mayo dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1279/2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Bilbao, sobre nulidad de contratos de permuta financiera. El recurso fue interpuesto por Buzil Norte Acebes Hermanos S.L., representada por el procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández y asistida por la letrada D.ª Ana Olaizola Cortina. Es parte recurrida Banco Santander S.A., representada por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y asistida por el letrado D. Eneko Goenaga Egibar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- Buzil Norte Acebes Hermanos S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Santander Central Hispano S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«declarando:

» La nulidad del contrato de permuta financiera de tipo de interés, swap flotante bonificado, referencia 210397 firmado entre Buzil Norte Acebes Hermanos S.L. y Banco Santander, S.A., declarando la obligación de restitución de las obligaciones recíprocas con intereses legales.

» Subsidiariamente, la nulidad de la cláusula de cancelación anticipada, cancelando el mismo sin costo para la demandante.

» La nulidad del contrato de swap ligado a inflación, de 13/06/2008, firmado entre Buzil Norte Acebes Hermanos S.L y Banco Santander, S.A., declarando la obligación de restitución de las obligaciones recíprocas con intereses legales.

» Subsidiariamente, la nulidad de la cláusula de cancelación anticipada, cancelando el mismo sin costo para la demandante.

» Con imposición de las costas a la parte demandada».



2.- La demanda fue presentada el 11 de octubre de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Bilbao y fue registrada con el núm. 1279/2011 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Banco Santander, contestó a la demanda y solicitó su desestimación.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Bilbao, dictó sentencia núm. 226/2012 de fecha 29 de noviembre , con la siguiente parte dispositiva:

«Estimando la demanda presentada por la Procuradora Sra. Ortega González en nombre y representación de Buzil Norte Acebes Hermanos S.L. contra Banco Santander, S.A.:

» - Declaro la nulidad del contrato de Permuta Financiera de Tipos de Interés (Swap Flotante Bonificado) referencia 210397, suscrito por las litigantes el día 25 de abril de 2008 y del Contrato de Swap Ligado a Inflación suscrito por las litigantes el día 13 de junio de 2008, con las consecuencias restitutorias inherentes a tal pronunciamiento.

»- Condeno a la demandada, Banco Santander S.A., a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a restituir a la demandante las prestaciones, que a fecha de la demanda ascendían a la cantidad total de 166.698,38 euros, sin perjuicio de las que, en su caso, haya liquidado con posterioridad a la demanda.

» Condeno a la expresada demandada a abonar un interés anual igual al interés legal del dinero desde que se abonaron a la demandante las referidas liquidaciones negativas incrementado en dos puntos desde la fecha de esta resolución.

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

El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Bilbao, dictó auto de aclaración de fecha 19 de diciembre de 2012 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«Acuerdo: Aclarar la sentencia dictada en los presentes autos solicitada por el Procurador Sr. Ors Simón en nombre y representación de la demandada, Banco Santander, S.A., declarando que la demandante, Buzil Norte Acebes Hermanos S.L. debe abonar a la demandada un interés anual igual al interés legal del dinero desde que se le abonaron por Banco Santander S.A. las liquidaciones positivas derivadas del Contrato Swap suscrito el 25 de abril de 2008, incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco de Santander S.A. La representación de Buzil Norte Acebes Hermanos S.A. se opuso al recurso interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, que lo tramitó con el número de rollo 103/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 155/2013 en fecha 16 de mayo , en la que estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia de primera instancia, desestimó la demanda y condenó a la demandante al pago de las costas de primera instancia.

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

1.- La procuradora D.^a María del Mar Ortega González, en representación de Buzil Norte Acebes Hermanos S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 24 de la Constitución Española en cuanto a la tutela judicial efectiva por indebida, arbitraria y manifiestamente errónea apreciación de los hechos e interpretación de la prueba por parte del Tribunal de instancia».

«Segundo.- De la infracción de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso (artículo 469.1.2º LEC): "Infracción del artículo 217 LEC y de la doctrina jurisprudencial en materia de carga de la prueba", infracción del artículo 217.7 LEC ya que la sentencia no ha tenido en cuenta la disponibilidad y la facilidad probatoria de cada una de las partes del litigio».

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el número 3º del apartado 2 del art. 477 LEC , denunciando la violación del art. 1288 del Código Civil , art. 217.1 , 6 y 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el art. 79 bis de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de modificación del Mercado de Valores (255 y 260 del Código de Comercio), art. 64 del RD 217/2008 de 15 de febrero , presentando interés casacional la resolución del recurso, a tenor de lo previsto en el art. 477.3 LEC , pues sobre este punto existe



jurisprudencia contradictoria de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Vizcaya y de la Sección Quinta de la misma Audiencia».

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 20 de julio de 2016, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Banco Santander S.A. presentó escrito de oposición al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 1 de diciembre de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso.*

1.- Buzil Norte Acebes Hermanos S.L.U. (en lo sucesivo, Buzil) es una sociedad titular de una pequeña empresa dedicada a la limpieza. Su administrador, D. Gustavo , carece de formación en finanzas.

Tras la firma de un contrato marco de operaciones financieras en abril de 2008, Banco Santander S.A. (en lo sucesivo, Banco Santander) ofreció a Buzil la firma de un contrato de swap de tipos de interés, para cubrirse frente a las subidas de los tipos de interés. El 25 de abril de 2008 fue firmado dicho contrato, con un nominal de un millón de euros y una duración de cinco años. Tras tres liquidaciones trimestrales positivas por importe superior a 300 euros, al año de la concertación del contrato se produjo una liquidación negativa para Buzil de más de 6.000 euros. Cuando Buzil preguntó a qué se debía ese cargo y le fue explicado que derivaba del contrato de swap de tipos de interés, solicitó la cancelación del contrato, y Banco Santander le exigió 100.215 euros para cancelarlo, ofreciéndole financiar esa cantidad, que luego rebajó hasta dejarla en 89.142 euros.

Poco después de la firma del primer contrato de swap (esto es, antes de que se produjera la liquidación negativa y la solicitud de cancelación de dicho contrato), Banco Santander había ofrecido a Buzil la suscripción de un contrato de swap ligado a la inflación, por las ventajas que dicho contrato reportaría a Buzil. El 10 de junio de 2008, una empleada de Banco Santander remitió a Buzil un mail en el que explicaba que el contrato tenía por finalidad «minimizar el efecto cada vez más alcista al que tiende la inflación española», pues «según los analistas en junio la inflación toque (sic) el 5%» y le informaba de las ganancias que habían obtenido las empresas que lo habían contratado. En ese mail se exponían cuatro posibles escenarios según la evolución de la inflación, en tres de los cuales Buzil obtendría beneficios de entre 3.000 y 5.750 euros, y en uno de ellos, unas pérdidas de 1.500 euros. El 13 de junio de 2008 fue firmado dicho contrato por el administrador de Buzil, D. Gustavo , con asistencia de su sobrina, D.^a Gracia , que trabajaba en la gerencia de Buzil. El swap tenía un nominal de 500.000 euros y una duración de ocho años. La primera liquidación, en junio de 2009, fue negativa para el cliente y ascendió a 18.056,59 euros. Buzil solicitó entonces la cancelación de dicho contrato, y Banco Santander le exigió para ello el pago de 328.000 euros.

Hasta el momento de interponer la demanda en 2011, el swap de tipos de interés había supuesto para la demandante unos ingresos de 1.145,84 euros y unos pagos de 90.249,93 euros, y el swap ligado a la inflación, unos pagos de 77.594,29 euros.

2.- Buzil interpuso una demanda contra Banco Santander en la que solicitó la nulidad de ambos contratos, por error vicio en el consentimiento, y, subsidiariamente, la nulidad de la cláusula de cancelación anticipada. Banco Santander se opuso a la demanda, alegando que no existía error porque habían suministrado a la demandante la información necesaria.

3.- El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declaró la nulidad de los contratos por concurrir error que viciaba el consentimiento y acordó que las partes se restituyeran recíprocamente lo que habían percibido por los contratos, con los correspondientes intereses.

Los argumentos de esta sentencia quedaban condensados en el siguiente párrafo:

«[...] los contratos swap cuya nulidad se pretende por la demandante, son complejos, con términos en inglés, engorrosos y de difícil lectura para profesionales acostumbrados a leer contratos financieros y mucho más para una persona sin experiencia ni preparación específica en finanzas y fueron suscritos por las litigantes a propuesta del Banco demandado, con información insuficiente para la demandante, sin entregarle la documentación antes de la firma de los contratos, no conteniendo el test de conveniencia y el test de idoneidad realizados, la estructura básica necesaria exigida por la normativa comunitaria, por lo por (sic) no se puede



concluir de sus resultados que el perfil de la demandante era el adecuado para la firma de estos contratos. Tampoco existe ni en el CMOF ni en los contratos swap, método ni factores de valoración para determinar el coste de cancelación anticipada, no habiendo suministrado el Banco al Cliente ninguna información, ni en forma de simulación útil, ni en forma de previsión, de la evolución de la tasa de inflación que le hubiese permitido cuantificar el riesgo que derivaba del contrato, trasladando el Banco a la demandante previsiones sobre la inflación que no coincidían ni con las que publicaba el Banco en sus informes financieros en 2008, ni con la evolución de la tasa de inflación que realmente se produjo. Por todo, ello, la demandante no pudo comprender el alcance real y contenido de los mismos, incumpliendo la parte demandada sus obligaciones de comportamiento diligente y transparente en interés del Cliente, asegurándose de que disponía de toda la información necesaria previa sobre los productos antes de contratar, lo que indujo al representante legal de la demandante D. Gustavo , a dar un consentimiento no suficientemente informado, y por tanto viciado, concurriendo error sobre el alcance y contenido de los mismos, por lo que conforme a lo dispuesto en el art. 1265 del Código Civil , procede declarar su nulidad».

4.- Banco Santander apeló la sentencia y la Audiencia Provincial estimó el recurso, por lo que revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y desestimó la demanda.

La Audiencia Provincial, como argumentos más relevantes, consideró que los contratos tenían una mecánica sencilla, y contenían una cláusula sobre «conocimiento de los riesgos de la operación», según la cual «[l]as partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de esta operación. Cada una de las partes manifiesta que no ha sido asesorada por la otra parte sobre la conveniencia de realizar esta operación y que actúa sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgos». Los contratos contenían un anexo con la definición del producto, el sistema de liquidaciones y los escenarios posibles, con distintos ejemplos, con resultados negativos, neutrales y positivos, así como la posibilidad de cancelación anticipada «a precios de mercado, pudiendo suponer un coste para el Cliente». Banco Santander sometió al administrador de Buzil al test de conveniencia respecto del swap de tipos de interés, del que resultó su carácter de cliente minorista, y al test de idoneidad respecto del swap ligado a la inflación.

La Audiencia Provincial consideró que se facilitó la oportuna información pues el administrador de Buzil tiene capacidad suficiente para entender tales operaciones y el riesgo que pueden entrañar pues concertó un swap con un notional de 18.000 euros en 2004, y si al concertar los nuevos swaps confió en la entidad bancaria y firmó los contratos pese a no entenderlos, ello no se compadece con la más elemental prudencia de un comerciante, pues pudo acudir al asesoramiento de una persona externa y no lo hizo. Asimismo, la empleada de Buzil, Sra. Gracia , reconoció haber recibido el correo electrónico de 10 de junio de 2008 a que se ha hecho referencia.

Según la sentencia de apelación, no podía afirmarse que Banco Santander no cumpliera su deber de información respecto de Buzil porque no le informara sobre las consecuencias de la bajada de los tipos de interés y de la inflación y que el coste de cancelación sería a coste de mercado, pues la grave situación económica derivada de la evolución de los tipos de interés y de la inflación no se podía prever en el momento de la celebración del contrato, y de ahí que las empleadas de Banco Santander se refirieran a una época de evolución alcista con una tendencia de incremento.

5.- Buzil ha formulado recurso extraordinario por infracción procesal, basado en dos motivos, y recurso de casación, basado en uno.

Banco Santander ha formulado extensas alegaciones sobre la inadmisibilidad de los recursos.

La Sala fijó criterio en su auto de Pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso núm. 485/2012), asumido también en las sentencias 351/2015, de 15 de junio , 550/2015, de 13 de octubre , y 577/2015, de 5 de noviembre , 188/2016, de 18 de marzo , y 267/2016, de 22 de abril , entre otras muchas. Dijimos en estas resoluciones:

«Junto a estas causas de inadmisión de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que hemos calificado como "absolutas" se encuentran las que no presentan este carácter, pues se refieren a cuestiones de técnica casacional y, en el caso de haberse utilizado la vía del art. 477.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , a cuestiones de interés casacional. Sobre estas causas de inadmisión, el criterio rector ha de ser la evitación de los formalismos enervantes que, con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, supongan la vulneración del derecho de tutela efectiva, ponderando la relevancia de la irregularidad procesal, la entidad del defecto, la incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, la trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, y la voluntad y el grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado (SSTC 45/2002, de 25 de febrero , 12/2003, de 28 de enero , 182/2003, de 20 de octubre y sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 200/2009, de 30 de marzo , y núm. 329/2010, de 25 de mayo). En definitiva, no puede pasar la fase de admisión un recurso vacío de contenido, por



más que cubra una apariencia de cumplimiento de los requisitos de tales recursos, pero tampoco deberá ser inadmitido un recurso que, al margen de elementos formales irrelevantes, o en todo caso secundarios, plantee con la suficiente claridad un problema jurídico sustantivo que presente, desde un análisis razonable y objetivo, 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».

Para resolver sobre las causas de inadmisión planteadas, debe tomarse en consideración cuál es la finalidad de los requisitos exigidos en el recurso de casación: que el control que se realice por el Tribunal Supremo recaiga sobre cuestiones de naturaleza jurídica, no fáctica, dirigida a la correcta interpretación de las normas legales, lo que exige la delimitación suficiente del problema jurídico sometido a la Sala y permita de este modo que la parte recurrida pueda realizar alegaciones en su defensa.

Esta interpretación flexible y finalista de los requisitos de acceso al recurso de casación respeta la doctrina que, en relación a este aspecto del derecho a un proceso equitativo reconocido en el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sus sentencias de 27 de julio de 2006 (Efstathiou y otros contra Grecia), 24 de abril de 2008 (Kemp y otros contra Luxemburgo), 30 de julio de 2009 (Dattel contra Luxemburgo), 5 de noviembre de 2009 (Nunes Guerreiro contra Luxemburgo) y 22 de julio de 2010 (Ewert contra Luxemburgo).

En este caso, como se verá, estos requisitos se cumplen suficientemente puesto que los problemas jurídicos están suficientemente identificados, la alegación de infracción legal adecuadamente desarrollada, y se ha expuesto cómo ve la parte recurrente el interés casacional, que por otra parte es evidente a la vista de la reciente jurisprudencia de esta sala sobre el error vicio en los contratos de swap.

Asimismo, se plantean como causa de inadmisión cuestiones que, por su trascendencia, pueden dar lugar en su caso a la desestimación del motivo, pero no a su inadmisión.

6.- En el inciso final de su escrito de oposición al recurso, Banco Santander se remite y da por íntegramente reproducidas las alegaciones que realizó en el escrito de contestación a la demanda, las conclusiones orales del juicio y el recurso de apelación.

Esta remisión no es atendible. Los recursos extraordinarios, tanto en su formulación como en la oposición a los mismos, presentan unas exigencias de precisión y claridad incompatibles con este tipo de remisiones, por razones tan obvias que no necesitan de una mayor explicación.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- *Formulación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.*

1.- El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se enuncia con el siguiente título:

«Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 24 de la Constitución Española en cuanto a la tutela judicial efectiva por indebida, arbitraria y manifiestamente errónea apreciación de los hechos e interpretación de la prueba por parte del Tribunal de instancia».

2.- El motivo se basa en que la Audiencia Provincial, en la redacción de la sentencia apelada, ha utilizado otra sentencia dictada en un caso anterior, por lo que la valoración de la prueba ha sido absurda e ilógica, al basarse en la valoración de la prueba hecha en el anterior litigio.

Además, la Audiencia Provincial habría incurrido en errores ostensibles y notorios al afirmar la existencia de un anterior swap concertado en 2004 basándose en unas liquidaciones que no están firmadas y no han sido reconocidas, haber tergiversado declaraciones del administrador de la demandante y haber atribuido a los peritos y testigos declaraciones que no habían hecho.

TERCERO.- *Decisión de la sala. Desestimación del motivo.*

1.- La existencia de un número elevado de litigios muy similares, como son los relativos a la nulidad de los contratos financieros complejos por error vicio del consentimiento causado por la infracción de los deberes de información impuestos por la normativa del mercado de valores, justifica que los tribunales utilicen los mismos argumentos para resolver casos en los que concurren similares circunstancias. Ciertamente, esa reiteración de argumentos no puede incluir la valoración de las pruebas practicadas, salvo los excepcionales casos en que exista una total coincidencia en alguna de esas pruebas, como puede suceder en el caso de un mismo informe pericial que sea aportado a varios procesos de la misma naturaleza.



2.- En el presente supuesto, se observa que la Audiencia Provincial ha valorado las pruebas practicadas en este litigio (las declaraciones de las partes y testigos, los informes periciales y las declaraciones de los peritos, y los documentos aportados). La existencia de algún error de redacción por el "arrastre" de algún dato de la anterior sentencia, o los errores sobre extremos accesorios, no tienen una entidad suficiente para constituir una vulneración del art. 24 de la Constitución .

3.- Que la demandante no esté de acuerdo con que la Audiencia Provincial haya otorgado valor probatorio a documentos privados no reconocidos por la demandante, que es una posibilidad admitida tradicionalmente por la jurisprudencia, tampoco constituye una infracción del art. 24 de la Constitución . Y las imprecisiones y errores en algunas de las menciones a las pruebas practicadas no tienen una trascendencia suficiente para constituir tal infracción, pues se refiere a extremos accesorios de la cuestión litigiosa.

CUARTO.- *Formulación del segundo motivo.*

1.- El epígrafe del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal es el siguiente:

«De la infracción de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso (artículo 469.1.2º LEC): "Infracción del artículo 217 LEC y de la doctrina jurisprudencial en materia de carga de la prueba", infracción del artículo 217.7 LEC ya que la sentencia no ha tenido en cuenta la disponibilidad y la facilidad probatoria de cada una de las partes del litigio».

2.- El motivo se basa en que es la entidad bancaria la que debe acreditar el cumplimiento de las obligaciones de información sobre el producto financiero complejo que le impone la Ley del Mercado de Valores, y que la Audiencia Provincial ha otorgado un valor absoluto a las declaraciones de las empleadas del banco.

QUINTO.- *Decisión de la sala. Desestimación del motivo.*

1.- La Audiencia Provincial no ha basado su decisión en la ausencia o insuficiencia de prueba sobre los extremos esenciales, único caso en que entran en juego las reglas de la carga de la prueba y, por tanto, las normas que establecen tales reglas pueden resultar infringidas. Los hechos sustanciales que la Audiencia Provincial toma en cuenta no difieren mucho de los tomados en cuenta por el Juzgado de Primera Instancia, si bien la valoración jurídica es distinta en una y otra sentencia.

La Audiencia Provincial ha considerado que los contratos, y el correo electrónico enviado unos días antes de la firma del segundo de tales contratos, contenían información suficiente, y que si el administrador de Buzil firmó tales contratos sin comprenderlos y sin acudir a asesoramiento externo, esa conducta constituía una negligencia por su parte. Se trata de valoraciones jurídicas, que nada tienen que ver con la fijación de la base fáctica del litigio, y menos aún con la aplicación de las reglas de la carga de la prueba.

2.- La valoración que la Audiencia Provincial haya podido realizar de determinadas pruebas no puede infringir en ningún caso el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , pues este precepto no regula la valoración de la prueba, sino qué consecuencias ha de atribuirse a la ausencia o insuficiencia de prueba.

Recurso de casación.

SEXTO.- *Formulación del recurso de casación.*

1.- El único motivo del recurso de casación se encabeza con este título:

«El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el número 3º del apartado 2 del art. 477 LEC , denunciando la violación del art. 1288 del Código Civil , art. 217.1 , 6 y 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el art. 79 bis de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de modificación del Mercado de Valores (255 y 260 del Código de Comercio), art. 64 del RD 217/2008 de 15 de febrero , presentando interés casacional la resolución del recurso, a tenor de lo previsto en el art. 477.3 LEC , pues sobre este punto existe jurisprudencia contradictoria de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Vizcaya y de la Sección Quinta de la misma Audiencia».

2.- El motivo sostiene que el banco debe facilitar una adecuada información sobre el funcionamiento del contrato, las consecuencias económicas de los posibles escenarios y de la cancelación anticipada del contrato, mientras que, por el contrario, la Audiencia Provincial ha considerado suficiente la información contenida en el contrato y ha atribuido a la demandante la responsabilidad de la falta de conocimiento del contrato por su falta de diligencia.

SÉPTIMO.- *Decisión de la sala. El error vicio del consentimiento en el contrato de swap. Incumplimiento de los deberes de información de la entidad financiera.*

1.- Esta Sala ha fijado ya un considerable, por más que sea reciente, cuerpo de doctrina sobre el error vicio del consentimiento en el contrato de permuta financiera o "swap", representado por las sentencias de pleno



840/2013, de 20 de enero de 2014, y 491/2015, de 15 de septiembre, así como las sentencias 458/2014, de 8 de septiembre; 460/2014, de 10 de septiembre; 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio; 387/2014, de 8 de julio; 110/2015, de 26 de febrero; 535/2015, de 15 de octubre; 563/15, de 15 de octubre; 547/15, de 20 de octubre; 549/15, de 22 de octubre; 588/2015, de 10 de noviembre; 595/2015, de 30 de octubre; 623/2015, de 24 de noviembre; 633/2015, de 19 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; 742/2015, de 18 de diciembre; 31/2016, de 4 de febrero; 195/2016, de 20 de marzo; 331/2016, de 19 de mayo; 496, de 15 de julio; 509/2016, de 20 de julio; 577/2016, de 30 de septiembre; 668/2016 y 669/2016, de 14 de noviembre; 689/2016, 690/2016 y 691/2016, de 23 de noviembre; 694/2016 y 699/2016, de 24 de noviembre, entre otras muchas.

La doctrina jurisprudencial sentada en estas sentencias no solo no priva al recurso de su interés casacional, sino que muestra, como se razonará, que las razones de la decisión adoptada por la Audiencia Provincial, sustentadas por Banco Santander en su escrito de oposición al recurso, no se ajustan a los criterios que esta Sala ha considerado deben regir en la apreciación del error vicio en la contratación de los swaps.

2.- Como consideración previa antes de entrar propiamente en los argumentos expuestos en el escrito de recurso y en el de oposición, debe recordarse que entra en el ámbito del recurso de casación la valoración jurídica de los hechos a efectos de decidir sobre la existencia de error y su carácter sustancial y excusable. Por tanto, no puede aceptarse que la sentencia de la Audiencia Provincial deba ser confirmada porque ha declarado probada la existencia de información y la capacidad de la demandante (de su representante) para entenderla, y que lo contrario supondría hacer de este recurso una tercera instancia.

La valoración, de acuerdo con criterios normativos, de la adecuación de la información y de la capacidad del demandante para entenderla, basándose en los hechos fijados en la instancia, constituye un enjuiciamiento de carácter jurídico, no fáctico, susceptible de revisión en casación.

3.- Cuando se suscribieron los contratos cuya nulidad se solicitó en la demanda, estaba en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modificó la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en lo sucesivo, LMV), y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, que la desarrolla. Mediante estas normas se traspuso a Derecho interno la Directiva MiFID («Markets in Financial Instruments Directive», Directiva 2004/39/CE).

La legislación anterior a esta normativa ya recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos. La inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis.3 LMV (actualmente arts. 210 y siguientes del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones y las sistematizó de un modo más completo, pero no supuso una regulación realmente novedosa respecto de los principios fundamentales que rigen la materia.

4.- Así pues, cuando se concertaron los contratos de swap cuya nulidad se solicita, las «normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes» del art. 19 de la Directiva MiFID ya habían sido traspuestas al Derecho interno por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y siguientes LMV. También había entrado en vigor el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (en lo sucesivo, RD 217/2008), sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que, además, las empresas que operan en estos mercados deben proporcionar a sus clientes «de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión», que «deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias» (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008 regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe «proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional». Y aclara que esta descripción debe «incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas».

En su apartado 2, establece con más concreción:

«En la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:



- »a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.
- »b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- »c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.
- »d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento».

Como dijimos en nuestra sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, con cita de la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L., asunto C-604/2011, la entidad bancaria lleva a cabo un servicio de asesoramiento financiero cuando el contrato de swap es ofrecido por la entidad financiera al cliente como un producto financiero adecuado en tanto que podía paliar el riesgo de subida de los tipos de interés o del índice de inflación.

5.- Partiendo de los propios hechos considerados acreditados, no puede considerarse que la entidad financiera hubiera cumplido los deberes de información que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración de los contratos de swap. Sobre esa cuestión, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala.

6.- Hemos dicho en anteriores resoluciones que lo determinante para valorar si el deber de información ha sido cumplido correctamente por la empresa que opera en este mercado, 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 el resultado puede ser positivo, neutro o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial, o con fórmulas difícilmente comprensibles contenidas en el propio contrato, no facilitadas con suficiente antelación, en las que no se ilustra de un modo claro sobre los riesgos reales que entraña la suscripción del producto.

Menos aún pueden considerarse cumplidos tales deberes cuando la información suministrada antes de la suscripción de uno de los contratos (del otro no consta siquiera que se diera esa información) consistía en ensalzar los beneficios que tal producto podía suponer y de hecho estaba suponiendo para quienes ya lo habían contratado, y en unos escenarios, como los incluidos en el correo electrónico enviado para promover la contratación del swap ligado a la inflación, mayoritariamente positivos, en el que el único escenario negativo suponía unas pérdidas inferiores en más de doce veces a las que en realidad tuvieron lugar (1.500 euros del escenario frente a los 18.056,59 euros de la primera liquidación). Esta información inducía al cliente a error sobre la magnitud de los riesgos que asumía con la suscripción del contrato.

La Audiencia Provincial considera justificado que el producto se ofreciera como una cobertura adecuada tomando solamente en consideración un escenario de subidas de los tipos de interés y de la inflación, por considerar que en aquel momento (primavera de 2008) era impensable una bajada de estos índices como la que se produjo. La sala considera que este razonamiento infringe la normativa del mercado de valores. No se trata de que Banco Santander pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés o del índice de inflación, sino de que, en cumplimiento de las normas de conducta establecidas en la citada normativa, debería haber ofrecido al cliente una información completa, suficiente y comprensible sobre el alcance real de las posibles consecuencias de la fluctuación no solo al alza, sino también a la baja, de los tipos de interés, así como de los costes de la cancelación anticipada, puesto que estos eran los riesgos que el producto presentaba para el cliente y sobre los que Banco Santander estaba obligado a informar de modo claro, imparcial, comprensible y con suficiente antelación por imponérselo la normativa del mercado de valores.

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



Tampoco puede considerarse que se tratara de un cliente experto por el hecho de haber suscrito anteriormente un swap con un nocional muy pequeño, pues no se acredita que en la contratación del mismo se hubiera suministrado la información adecuada que en este caso faltó. La contratación de ese swap en una fecha anterior puede justificar, si no hay otras circunstancias añadidas, la calificación de la demandante como cliente confiada, pero no como cliente experta.

El hecho de que en la plantilla de la demandante hubiera una persona en la gerencia que interviniera junto al administrador (su sobrina) tampoco excluye el carácter excusable del error, pues no consta que esta persona fuera experta en la contratación de productos financieros complejos. En la sentencia 633/2015, de 13 de noviembre, afirmamos:

«Tampoco lo supone [la exclusión del error] el hecho de que el administrador realizara la contratación con la asistencia del contable de la empresa, licenciado en económicas. Hemos afirmado en la sentencia núm. 549/2015, de 22 de octubre de 2015, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa que puede tener el administrador, ni siquiera con los de quienes trabajan en el departamento de contabilidad, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable».

En el mismo sentido nos hemos pronunciado en otras sentencias, como las 244/2013, de 18 de abril, citada por las recurrentes, 673/2015, de 9 de diciembre, y 496/2016, de 15 de julio.

8.- La Audiencia Provincial consideró suficiente la propia redacción de los contratos, que contenía un aviso sobre los riesgos, y atribuyó a la parte demandante la actuación que excluye el carácter excusable del error al firmar unos contratos que no comprendía, sin haber solicitado asesoramiento externo.

El deber de información no cabe entenderlo suplido por el propio contenido de los contratos de swap. Como ya hemos recordado en otras ocasiones, «[l]a mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas» (sentencia 689/2015, de 16 de diciembre). Es significativa, por su complejidad, la explicación que se da en el contrato de swap de intereses sobre su naturaleza:

«Los flujos de la presente Operación son equivalentes a la contratación de una permuta financiera de tipos de interés, más la venta de una opción floor con barrera knock-in por parte del Cliente más la compra de una opción cap por parte del Cliente».

En este tipo de contratos complejos y arriesgados, como son calificados por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L., asunto C-604/2011, en los que pueden producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional, de las que un cliente de este tipo no toma conciencia con la mera lectura de las estipulaciones contractuales, que contienen términos específicos de este mercado y fórmulas financieras de difícil comprensión para un profano, el contenido del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, para explicar con claridad la naturaleza aleatoria del contrato, cómo se realizan las liquidaciones y la cancelación anticipada, y cuáles son los concretos riesgos en que podría incurrir el cliente, como son los que luego se concretaron en las liquidaciones desproporcionadamente negativas para la demandante y en el elevado coste de cancelación que exigió Banco Santander. De ahí las obligaciones estrictas y rigurosas que la normativa sectorial impone a las entidades financieras respecto de la información que deben suministrar a sus clientes. No se trata de abrumar al cliente con fórmulas, datos y cifras, que más que dar información, la ocultan, sino de asegurarse de que el cliente ha comprendido la naturaleza y riesgos del producto o servicio mediante una explicación clara, imparcial y no engañosa de estos extremos.

Tales deberes de información no pueden considerarse cumplidos si lo que se transmite al cliente, antes de concertar el contrato, es una información que magnifica las ventajas del producto y que minimiza los riesgos, presentándolos como prácticamente irrelevantes, cuando tales riesgos pueden ser de una magnitud considerable, como resulta de las cifras de las liquidaciones negativas para el cliente en el desarrollo de los contratos cuestionados, y de las cantidades que se le exigieron para la cancelación anticipada de los contratos.

9.- Banco Santander incumplió sus deberes de información, lo que determinó que mientras el cliente creía contratar una cobertura frente a subidas del Euribor y de la inflación, el riesgo que acaeció y que supuso un grave quebranto patrimonial para el cliente fue el de bajada de tales índices, puesto que estaba concertando unos contratos aleatorios en los que solo resultaba protegido si el Euribor o la inflación subían, lo que suponía una apuesta sobre la evolución del Euribor y de la inflación, sobre la que existía una clara asimetría informativa entre el banco y el cliente, y que iba a provocarle graves pérdidas como consecuencia de la bajada de tales índices.



10.- La normativa reguladora de la contratación de estos productos financieros exige a la empresa de inversión que suministre a sus clientes una información imparcial. Sin embargo, Banco Santander no informó al cliente de que, tratándose de contratos con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituían el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte. Para el banco, o la entidad a la que este sirve de intermediario, el contrato de swap solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución de la variable económica utilizada como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida.

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

11.- El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo no sólo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, de una cuantía considerable, como de hecho lo fue en el caso enjuiciado. Banco Santander tampoco lo hizo, pues el aviso sobre el riesgo de la operación no constituye una información clara y suficiente sobre este extremo pues está redactado en términos difícilmente inteligibles y que no ilustran sobre el alcance real que pueden suponer las liquidaciones negativas para el cliente. Además, no fue entregado con la antelación suficiente a la concertación de los contratos, puesto que se encuentra en los documentos contractuales.

La demandante resultó sorprendida por unas liquidaciones negativas muy abultadas, en relación con el importe de los nocionales contratados y con las liquidaciones positivas recibidas durante un breve periodo en uno de los contratos (en el otro, las liquidaciones fueron muy negativas desde el principio), de cuya posibilidad no se le había advertido adecuadamente.

12.- También es necesaria una información suficientemente precisa y clara sobre el coste de cancelación anticipada del swap, que tampoco se facilitó en este caso y al que hemos dado la relevancia de elemento esencial a efectos de la calificación del error como invalidante. Cuando la demandante solicitó la cancelación de los contratos ante las elevadas liquidaciones negativas que se produjeron al poco tiempo de celebrarlos, Banco Santander le exigió para acceder a la cancelación anticipada unas cantidades (100.215 euros, luego reducidos a 89.142 euros, en el primer contrato, y 328.000 euros en el segundo) sobre cuya cuantía la demandante no podía haberse formado una representación adecuada en el momento de contratar, ante la falta de una información mínimamente ilustrativa sobre ese riesgo.

13.- El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de bajada del índice de referencia y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, que supone la infracción de las normas de conducta impuesta por la Ley del Mercado de Valores a las empresas que operan en este mercado, es lo que desemboca en un error en la prestación del consentimiento por parte del cliente, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 840/2013, de 20 de enero de 2014, «esa ausencia de información permite presumir el error».

Hemos declarado que en este tipo de contratos sobre productos financieros complejos y de riesgo, la normativa reguladora del mercado de valores es fundamental para determinar si el error es sustancial y excusable, puesto que establece para las empresas que operan en el mercado financiero una obligación de información a los clientes con estándares de claridad e imparcialidad muy elevados, y determina los extremos sobre los que ha de versar tal información (fundamentalmente, naturaleza y riesgos del producto, y posibles conflictos de interés). Por tanto, si no se da esa información y el cliente incurre en error sobre esos extremos sobre los que debió ser informado, el error puede considerarse sustancial, pues recae sobre los elementos esenciales que determinaron la prestación de su consentimiento.

Asimismo, en estas circunstancias, el error ha de considerarse excusable y, por tanto, invalidante del consentimiento. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de imparcialidad, exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en las sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 460/2014, de 10 de septiembre, «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito



de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».

Cuando no existe la obligación de informar, no puede imputarse el error a la conducta omisiva de una de las partes porque no facilitó la información a la contraria, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de la naturaleza y los riesgos de los productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada, en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma imparcial, veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

Como ya declaramos en las sentencias 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, entre otras, la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad, por lo que tampoco pueden considerarse correctas las afirmaciones de la sentencia respecto de que el error es inexcusable puesto que el cliente firmó sin comprender el contrato y sin acudir a asesoramiento externo. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal y asegurarse de que el cliente ha podido comprenderla, y no son sus clientes no profesionales del mercado financiero y de inversión quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas o buscar asesoramiento externo.

Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente ha de poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora, en este caso el banco del que es cliente, no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante y pese a no entender la compleja descripción del producto financiero contratado, podía confiar legítimamente que se trataba del producto que le interesaba y que no implicara riesgos de los que no hubiera sido informado adecuadamente y con suficiente antelación.

14.- Lo anteriormente expuesto lleva a la conclusión de que la sentencia recurrida infringió el precepto de la normativa sobre el mercado de inversión citado en el recurso, al considerar suficiente y adecuada la información facilitada por Banco Santander a la demandante y considerar asimismo que estas clientes resultaron adecuadamente informadas a la vista de su carácter empresarial y experiencia y cuando, como consecuencia de lo anterior, entendió que no se había producido el error sustancial y excusable determinante de la invalidez del consentimiento y apto para apreciar la nulidad de los contratos de swap impugnados.

15.- Como se ha indicado en el segundo apartado de este fundamento, las afirmaciones que la sentencia de la Audiencia Provincial contiene en relación a que Banco Santander había cumplido sus obligaciones, a que no hubo una infracción de los deberes de información por su parte y a que no existió un error sustancial y excusable, no constituyen propiamente afirmaciones de naturaleza fáctica, sino valoraciones jurídicas, que se revelan incorrectas pues partiendo de la base fáctica fijada en la sentencia recurrida, que no modifica sustancialmente la dictada en primera instancia, resulta suficientemente claro que Banco Santander no realizó la conducta exigida por la normativa sectorial, de informarle adecuadamente sobre los principales riesgos del producto.

No se suministró al cliente, con suficiente antelación, información clara, imparcial y no engañosa sobre las características de los contratos y los riesgos reales que entrañaban para el cliente, en concreto el riesgo de abultadas liquidaciones negativas en caso de bajada significativa del tipo de interés tomado como referencia o del índice de inflación, y el elevado coste de cancelación que podía exigírsele.

Por ello, procede estimar el recurso de casación, revocar la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

OCTAVO.- Costas y depósitos.

1.- La estimación del recurso de casación conlleva que, en cuanto a costas, no se haga especial declaración de las de dicho recurso. Tampoco procede hacer expresa imposición de las costas ocasionadas por el recurso extraordinario por infracción procesal, puesto que la utilización por la Audiencia de partes de una sentencia



anterior en la que se arrastraban algunos datos fácticos del supuesto objeto de la anterior sentencia, puede provocar serias dudas de derecho sobre la vulneración del art. 24 de la Constitución por la comisión de un error patente en la fijación de los hechos objeto del litigio.

La revocación de la sentencia de la Audiencia Provincial supone la desestimación del recurso de apelación, por lo que debe condenarse a Banco Santander al pago de las costas de ese recurso.

Todo ello de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, y se acuerda la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

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 y estimar el recurso de casación interpuesto por Buzil Norte Acebes Hermanos S.L., contra la sentencia núm. 155/2013 de 16 de mayo, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, en el recurso de apelación núm. 103/2013 . **2.º-** Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar, desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander S.A., contra la sentencia 226/2012, de 29 de noviembre, del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Bilbao . **3.º-** No procede hacer imposición de las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. Condenamos a Banco Santander S.A., al pago de las costas del recurso de apelación Devuélvase al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso de casación, y se acuerda la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.