



Roj: **STS 1939/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1939**

Id Cendoj: **28079110012017100308**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/05/2017**

Nº de Recurso: **2491/2014**

Nº de Resolución: **316/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 3938/2014,**
STS 1939/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 18 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la mercantil demandante Vicente Machancoses e Hijos S.L., representada por el procurador D. Víctor Enrique Mardomingo Herrero y bajo la dirección letrada de D. Rafael Sánchez García, contra la sentencia dictada el 16 de julio de 2014 por la sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación n.º 199/2014, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1520/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Valencia, sobre nulidad de contrato de permuta financiera (*swap*) y restitución de cantidades. Ha sido parte recurrida la entidad demandada Banco Santander S.A., representada por el procurador D. Eduardo Codes Feijóo y bajo la dirección letrada de D. Antonio Poveda Bañón.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 8 de octubre de 2012 se presentó demanda interpuesta por la entidad Vicente Machancoses e Hijos S.L. contra Banco Santander S.A. solicitando se dictara sentencia que:

«Declare la nulidad radical del contrato de CONTRATO DE PERMUTA FINANCIERA ("SWAP FLOTADOR SEGUIDO DE SWAP CONVERTIBLE CON DIFERENCIAL"), vigente a fecha de hoy, es decir el de fecha 24 de marzo de 2009, así como de CONTRATO MARCO DE OPERACIONES FINANCIERAS, de la misma fecha.

»Condene a la referida entidad a estar y pasar por la citada declaración.

»Y en consecuencia condene a la entidad bancaria, a llevar a cabo la retrocesión de los cargos efectuados en razón de los anteriores swaps, así como al abono de las cantidades liquidadas a mi mandante (salvo el diferencia indicado en el cuerpo de este escrito), por importe total de DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO EUROS CON CUARENTA Y TRES CÉNTIMOS (277.534,43 €), y las cantidades, que en su caso abone mi mandante al margen de la indicada cantidad, y que venzan con posterioridad a 23 de junio de 2011, así como los intereses legales y moratorios generados desde el cobro de cada una de las distintas cantidades hasta su devolución.

»Con condena en costas a la demandada».

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Valencia, dando lugar a las actuaciones n.º 1520/2012 de juicio ordinario, y emplazada la entidad demandada, esta compareció y contestó a la demanda solicitando su íntegra desestimación con imposición de costas al demandante.



TERCERO.- Tras la precisión realizada por la parte demandante en la audiencia previa sobre el final de las peticiones de su demanda por su indeterminación, recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la magistrada- juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 15 de noviembre de 2013 con el siguiente fallo:

«Que, estimando la demanda formulada por la entidad VICENTE MANCHACOSSES E HIJOS, S.A. contra la entidad BANCO SANTANDER, S.A. DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de los contratos de permuta financiera, "swap", objeto de autos:

».1. swap bonificado reversible, 21 de febrero de 2.007, nocial 3.360.000 euros, vencimiento 26 de febrero de 2.009, sustituido por swap 4.

».2. swap bonificado reversible, 14 de marzo de 2.007, nocial 4.213.263 euros, vencimiento 26 de marzo de 2.009, sustituido por swap 4.

».3. swap flotante bonificado, 3 de marzo de 2.008, nocial 3.682.724 euros, vencimiento 10 de marzo de 2.011, sustituido por swap 5.

».4. swap flotante bonificado, 8 de mayo de 2.008, nocial 7.500.000 euros, 12 de mayo de 2.010, sustituido por swap 5.

».5a.- swap flotador, 24 de marzo de 2.009, nocial 11.000.000 euros, vencimiento 26 de marzo de 2.011, vencido.

».5b.- swap convertible con diferencial, 24 de marzo de 2.009, nocial 11.000.000 euros, vencimiento 26 de marzo de 2.014, cancelado en 6 de octubre de 2.011.

»Todo, con recíproca restitución de las prestaciones entre las partes, consistente en el reembolso por la entidad bancaria de las cantidades desembolsadas por la demandante, sin perjuicio de su compensación con los abonos que las actoras hubieren percibido con motivo de la precitada operación, calculada dicha operación con un saldo favorable a la actora por importe de DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO EUROS Y CUARENTA Y TRES CENTIMOS DE EURO , (277.534 euros) a cuyo pago se condena a la entidad demandada.

»Todo ello, con expresa imposición a la entidad bancaria demandada de las costas procesales causadas en el presente juicio».

Con fecha 26 de noviembre de 2013, a petición de la demandante, se dictó auto aclaratorio de la sentencia con la parte dispositiva siguiente:

«Dése al Fallo el contenido de los fundamentos jurídicos de la Sentencia:

» - la entidad actora es VICENTE MACHANCOSES E HIJOS, SL;

» - en materia de intereses son de aplicación los prevenidos en los Arts. 1100 y 1008 del Código Civil».

CUARTO.- Interpuesto por la demandada Banco Santander S.A. contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la demandante y que se tramitó con el n.º 199/2014 de la sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, esta dictó sentencia el 16 de julio de 2014 con el siguiente fallo:

«Estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de la demandada, Banco de Santander SA contra la sentencia dictada en fecha 15/11/2013 por el Juzgado Primera Instancia 16 Valencia en juicio ordinario 1520/203 revocamos dicha resolución y con desestimación de la demanda absolvemos de sus pretensiones a Banco de Santander SA sin pronunciamiento de las costas procesales causadas en primera y segunda instancia. Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir».

QUINTO.- Contra la sentencia de segunda instancia la parte demandante-apelada interpuso recurso de casación al amparo del art. 477.2-3.º LEC y fundado en un solo motivo con el siguiente encabezamiento:

«PRIMERO.- La sentencia recurrida se opone de pleno con la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo en cuanto a los requisitos del error vicio del consentimiento, doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento de ese deber en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero, como exponemos a continuación». Además de la jurisprudencia correspondiente, se citaban, en el apartado primero, los arts. 60, 62, 74 del RD 218/2008, el art 79 bis.7 LMV y los arts. 1265 y 1266 CC, en el apartado cuarto los arts. 7 CC, 79 bis LMV y 64, 73 y 72 del RD 217/2008 y, en el apartado quinto, los arts. 78 bis y 79 bis LMV.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 20 de julio de 2016,



a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando la desestimación del recurso con imposición de costas al recurrente.

SÉPTIMO.- Por providencia de 8 de mayo del corriente año 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 siguiente día 17, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre la nulidad, por error en el consentimiento, de varios contratos de permuta financiera de tipos de interés anteriores y posteriores a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español.

Sus antecedentes más relevantes son los siguientes:

1.- El 31 de mayo de 2004 la mercantil Vicente Machancoses e Hijos S.L. (en adelante, VMH), hoy recurrente, dedicada, entre otras actividades, a la promoción inmobiliaria, suscribió con el Banco Santander Central Hispano, hoy Banco Santander S.A. (actual parte recurrida), un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) -doc. 7 de la contestación, folio 369 de las actuaciones de primera instancia-.

2.- En el seno del mismo, las mismas partes suscribieron los siguientes contratos de confirmación de permuta financiera de tipos de interés:

El primero de ellos, el 26 de mayo de 2004, con un nominal de 947.000 euros, fecha de inicio el 31 de mayo de 2004 y fecha de vencimiento el 31 de mayo de 2006 (doc. 7 de la contestación, folio 377).

El segundo, de fecha 1 de marzo de 2005 (doc. 7 de la contestación, folio 381), con un nominal de 4.213.263 euros, inicio el 7 de marzo de 2005 y vencimiento el 7 de marzo de 2008.

El tercero, de fecha 21 de febrero de 2007 (doc. 3 de la demanda), con un nominal de 3.360.000 euros, inicio el 26 de febrero de 2007 y vencimiento el 26 de febrero de 2009.

El cuarto, de fecha 14 de marzo de 2007 (adjuntado con el informe pericial de la parte demandada, folios 92 a 97), con un nominal de 4.213.263 euros, inicio el 26 de marzo de 2007 y vencimiento el 26 de marzo de 2009.

El quinto, de fecha 3 de marzo de 2008 (adjuntado con el informe pericial, folio 98), con un nominal de 3.682.734 euros, inicio el 10 de marzo de 2008 y vencimiento el 10 de marzo de 2011.

El sexto, de fecha 8 de mayo de 2008 (doc. 4 de la demanda), con un nominal de 7.500.000 euros, inicio el 12 de mayo de 2008 y vencimiento el 12 de mayo de 2010, el cual vino a reestructurar, sustituyéndolas, las permutas de 21 de febrero y 14 de marzo de 2007.

3.- El 24 de marzo de 2009 se suscribió entre las partes un segundo CMOF (doc. 2 de la demanda) y, en el seno del mismo y con esa misma fecha, una nueva confirmación, con un nominal de 11.000.000 euros, por la que se reestructuraban las permutas de 3 de marzo y 8 de mayo de 2008. En este contrato se establecían dos periodos con vencimientos distintos, uno que terminaba el 26 de marzo de 2011 y otro el 26 de marzo de 2014, que, no obstante, fue cancelado el 6 de octubre de 2011 según el informe pericial aportado por el banco.

4.- En ejecución de estos contratos se giraron tanto liquidaciones positivas como negativas para VMH, no discutiéndose un saldo negativo para la cliente por importe de 277.534,43 euros.

5.- El 8 de octubre de 2012 VMH demandó a la referida entidad bancaria. Aunque aludía a la celebración de cuatro contratos (las confirmaciones de 21 de febrero de 2007 y 8 de mayo de 2008, el CMOF de 24 de marzo de 2009 y la confirmación de esa misma fecha), tan solo solicitó la nulidad por vicio en el consentimiento de este último, y, como efecto de la recíproca restitución de prestaciones, la condena del banco a pagar la cantidad de 277.534,43 euros más intereses legales y moratorios.

6.- La entidad financiera demandada se opuso a la demanda. Invocó la caducidad de la acción y negó que el consentimiento estuviera viciado, porque la demandante había venido celebrando contratos de la misma clase sin queja alguna desde el año 2004.

7.- En el acto de la audiencia previa se determinó que la acción de nulidad afectaba en realidad a cinco contratos (los indicados en el informe pericial del banco y otros dos más), razón por la cual se amplió el dictamen pericial a los restantes.

8.- La sentencia de primera instancia, convenientemente aclarada por auto posterior, estimó íntegramente la demanda y, consiguientemente, declaró la nulidad de esos cinco contratos (21 de febrero de 2007, 14 de marzo de 2007, 3 de marzo de 2008, 8 de mayo de 2008 y 24 de marzo de 2009) y condenó al banco



demandado a restituir el saldo solicitado y al pago de las costas. Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) la acción no estaba caducada; (ii) la demandante era un cliente minorista; (iii) el producto, claramente complejo, se ofreció por el banco con objeto de dar cobertura al riesgo que tenía la cliente a consecuencia de varias operaciones de financiación, pero se convirtió en una operación especulativa en beneficio de la entidad financiera, especialmente a partir de la fecha en que tuvo conocimiento de que los tipos iban claramente a la baja y decidió no poner a disposición del cliente esas expectativas de evolución; (iv) el producto no era idóneo para la cliente, a lo que no obsta que se le hiciera un test de idoneidad, pues las preguntas que conformaban el cuestionario eran «absolutamente genéricas» y «las respuestas dadas contradictorias»; (v) como consecuencia de todo ello, existió error esencial y excusable.

9.- La sentencia de segunda instancia, estimando el recurso del banco demandado, revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda. Sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) la acción no estaba caducada; (ii) resulta llamativo que en la demanda se indicase haber efectuado solo tres operaciones, cuando resulta que la cliente tenía otros seis contratos más cuya existencia no podía desconocer, dado que en la propia demanda se aludía a liquidaciones practicadas en ejecución de dichos contratos; (iii) desde los contratos de 2008 los deberes de información de la entidad bancaria eran los que resultaban de la normativa MiFID, incorporada al Derecho español, que obligaban a practicar el test de idoneidad; (iv) aunque el banco aportó este test, no procede su valoración por haberse impugnado expresamente su autenticidad, sin que el banco haya probado, como le incumbe, que la firma que aparece en el mismo sea la del representante legal de la entidad demandante; (v) no obstante, el incumplimiento de esta obligación legal no determina la existencia de error, pues la sentencia de esta sala de 20 de enero de 2014 deja claro que la falta de información solo permite presumirlo, a menos que se pruebe lo contrario; (vi) el contenido literal de todos los contratos suscritos expresa el funcionamiento del producto, los riesgos, los posibles escenarios y la advertencia de posibles resultados positivos y negativos, y dado que la demandante suscribió contratos de esta clase desde 2004 (el último de los cuales, de 24 de marzo de 2009, solo vino a reestructurar los dos precedentes), debe concluirse que el banco cumplió con su deber de informar, además de que no puede aceptarse que un contrato aleatorio por naturaleza solo sea válido cuando produce efectos positivos (como los que se produjeron para la demandante durante los primeros años) y no cuando produce efectos negativos; y (vii) por todo ello, no concurrió error en el consentimiento.

10.- La entidad demandante-apelada ha interpuesto contra dicha sentencia recurso de casación por interés casacional al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC.

SEGUNDO.- El recurso de casación se compone de un solo motivo y se funda en infracción «de la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo en cuanto a los requisitos del error vicio del consentimiento», en concreto respecto de la incidencia que, para apreciar ese error, puede tener la infracción de los deberes legales de información impuestos a las entidades que prestan servicios de asesoramiento financiero. En su desarrollo se cita el RD 218/2008, de 15 de febrero (arts. 60, 62 y 73), la Ley del Mercado de Valores (LMV), arts. 78 y 79 bis, apdo. 7, y los arts. 1265 y 1266 CC, y se cita y extracta la sentencia 840/2013, de Pleno, de 20 de enero de 2014, con mención también de las sentencias 244/2013, también de Pleno, de 18 de abril, y de las sentencias de 7 de julio de 2014 (rec. 1520/2012), 7 de julio de 2014 (rec. 892/2012), y 8 de julio de 2014 (rec. 1256/2012).

La parte recurrente argumenta, en síntesis, que se trata de un cliente minorista sin los especiales conocimientos financieros que exigen la contratación de un producto complejo como los *swaps*; que dichos conocimientos no se le pueden suponer por el hecho de haber contratado antes, ya que fue desconocedora de la realidad de lo que contrataba hasta que aparecieron las liquidaciones negativas; que la contratación fue impuesta por el banco, ofertando el *swap* como si fuese un seguro; que la asimetría entre las partes explica que la ley imponga a las entidades de servicios de inversión unos específicos deberes de información sobre el producto, sus características y riesgos inherentes; que dicha información debe ser previa a la contratación, sin que pueda suplirse por el contenido literal del contrato; que en este caso no hubo ninguna información previa ni reunión explicativa del producto; que en el caso de contratos sujetos a la normativa MiFID existe la específica obligación de someter al cliente a un test de idoneidad cuando, como fue el caso, el servicio prestado es de asesoramiento financiero, en el que se suma el test de conveniencia (sobre los conocimientos y experiencia del cliente en materia financiera) a un informe sobre la situación financiera del cliente y sus objetivos de inversión, con el fin de que pueda recomendársele o no su contratación; que este test no se practicó, pues la recurrente impugnó la autenticidad del supuesto test de conveniencia aportado por el banco con su informe pericial y la entidad financiera no practicó prueba en sentido contrario por lo que la propia sentencia recurrida no lo tuvo en cuenta; y en fin, que por todo ello el consentimiento prestado no fue válido por estar viciado por error.

En trámite de oposición el banco ha interesado la desestimación del recurso alegando, en síntesis, que la recurrente se aparta de los hechos probados, cuya revisión no puede ser objeto del recurso de casación ni



amparar la existencia de interés casacional; que se cita la normativa MiFID cuando hay contratos anteriores que no se rigen por esa normativa (la cual no se invoca); que si bien la sentencia recurrida niega valor probatorio al test, la jurisprudencia (sentencia de 20 de enero de 2014) viene declarando que la omisión del mismo «no determina por sí la existencia de error vicio», sino que tan solo permite presumirlo; que en este caso ha sido la propia parte demandante la que aportó las liquidaciones positivas de los contratos suscritos desde 2004, demostrando, como entiende el tribunal sentenciador, que conocía su funcionamiento y sus riesgos; que no puede reprocharse a la entidad financiera la falta de información sobre la evolución de los tipos, porque era algo imprevisible y connatural al componente aleatorio del contrato (se cita y extracta la sentencia 491/2015, de 15 de septiembre) y, en suma, que incluso si hubiera existido déficit informativo, este no puede equipararse o conllevar automáticamente la existencia de error vicio, el cual, en todo caso, no sería excusable por la conducta de la propia mercantil y por su experiencia en el mercado y en relacionarse con entidades bancarias (se cita y extracta la sentencia de 29 de octubre de 2013).

TERCERO.- El motivo, y por tanto el recurso, ha de ser estimado por las siguientes razones:

1.^a) Las objeciones formales que plantea la parte recurrida, en esencia la falta de respeto a los hechos probados, la cita de normativa no aplicable al fondo del asunto y la falta de debida justificación del interés casacional invocado, no determinan la desestimación del recurso por causa de inadmisión.

Como ha declarado esta sala en múltiples ocasiones (entre las más recientes, sentencias 99/2017, de 15 de febrero, 100/2017, de 15 de febrero, 149/2017, de 2 de marzo, y 179/2017, de 13 de marzo), el hecho de que la formulación casacional no sea todo lo rigurosa que sería deseable no impide examinar el fondo del asunto si, como es el caso, (i) no se altera la base fáctica de la sentencia recurrida, sino que únicamente se discute la valoración jurídica de tales hechos; (ii) en el recurso se citan correctamente las normas infringidas aplicables al caso, lo que también se observa porque, consistiendo el problema jurídico litigioso en el posible incumplimiento de las obligaciones de información de las entidades financieras en los contratos de permuta financiera y su incidencia en el error vicio, en el recurso no solo se citan artículos de la LMV y de los reglamentos de desarrollo sino también los arts. 1265 y 1266 CC sobre el error, careciendo de la trascendencia que se pretende la circunstancia de que se invoquen los de la LMV según redacción dada tras la incorporación de la normativa MiFID al derecho español, ya que dicho régimen resultaba aplicable a algunos de los contratos litigiosos (los celebrados a partir del 3 de marzo de 2008) y, además, no vino sino a acentuar las obligaciones de información ya vigentes en el régimen anterior, sin suponer una regulación realmente innovadora; y (iii) en suma, los problemas jurídicos se encuentran suficientemente identificados, el interés casacional resulta evidente y todo ello ha posibilitado que la parte recurrida se haya podido oponer al recurso sabiendo cuáles eran las cuestiones relevantes, así como que esta sala pueda abordar las cuestiones jurídicas planteadas.

2.^a) Conforme a la jurisprudencia sentada desde la sentencia de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 (entre las más recientes, 140/2017, de 1 de marzo, 149/2017, de 2 de marzo, y 179/2017, de 13 de marzo), tanto antes como después de la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español la asimetría que existe en este tipo de contratos impone a las entidades de servicios de inversión el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada sobre las características del producto y los concretos riesgos que les pueda comportar su contratación, incluyendo el coste de su cancelación anticipada. Esta información debe ir más allá de una mera ilustración sobre lo obvio -esto es, que el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial-, siendo la del banco una obligación activa, que no se cumple con la mera puesta a disposición del cliente minorista de la documentación contractual, sino que exige «una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos» (por ejemplo, sentencias 163/2017, de 8 de marzo, y 201/2017, de 24 de marzo). Es decir, la jurisprudencia descarta la suficiencia informativa del propio contenido contractual y que la mera lectura del documento resulte bastante, siendo 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 (por ejemplo, sentencias 84/2017, de 14 de febrero, 143/2017, de 1 de marzo, y 149/2017, de 2 de marzo). Esta doctrina ha precisado, en cuanto al coste de cancelación, que la mera referencia contractual a su determinación según precios de mercado es insuficiente por falta de concreción y por no impedir que el cliente se vea sorprendido por dicho coste (sentencias 594/2016, de 5 de octubre, 138/2017, de 1 de marzo, y 179/2017, de 13 de marzo). Además, cuando se prestan servicios de inversión, la normativa MiFID exige la realización del test de idoneidad, más exigente y exigible que el de conveniencia, cuya ausencia, no determinante por sí misma de la existencia de error, sí permite presumirlo en tanto no se demuestre que el cliente tenía un conocimiento suficiente sobre el producto contratado (por ejemplo, sentencia de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y posteriores 384/2014 y 385/2014, ambas de 7 de julio). Finalmente, para esta doctrina jurisprudencial tampoco el encadenamiento de contratos del mismo tipo excluye el error, señalando al respecto, por ejemplo, la sentencia 651/2015 (citada por las sentencias 562/2016, de 23



de septiembre y la 149/2017, de 2 de marzo), que «el hecho de que la demandante hubiera concertado anteriormente otros contratos de swap ligados a operaciones de financiación necesarias para desarrollar su actividad no supone, por sí mismo, que sea un cliente experto, si no existe una mínima constancia de que en esas operaciones sí se le había informado adecuadamente sobre la naturaleza, características y riesgos del contrato de swap».

3.ª) Si partimos de los propios hechos probados en la instancia, no cabe concluir que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que establecía la legislación respectivamente aplicable en la fecha de celebración de los contratos litigiosos, omisión que permite presumir la existencia de error en el consentimiento.

El tribunal sentenciador no declara de forma terminante que el banco informara a la recurrente en los términos legal y jurisprudencialmente exigidos -esto es, con antelación suficiente a la firma del contrato, y más allá de lo obvio- sobre los concretos riesgos de los productos contratados y, en particular, sobre el coste que llevaba aparejada su cancelación anticipada, elementos esenciales para la formación del consentimiento en este tipo de contratos. Lo único que se desprende de los razonamientos del tribunal sentenciador es que este presume que la hoy recurrente contaba, antes de contratar, con suficiente conocimiento del producto y sus características, de manera que la omisión del deber de información -incluso la falta de test de idoneidad- no sería determinante de error en el consentimiento. Pero para fundar esa conclusión favorable a la existencia de conocimientos previos, el tribunal sentenciador no se apoya en hechos, sino que se sirve de argumentos jurídicos que se oponen a la doctrina jurisprudencial antes expuesta pues, de una parte, deduce ese conocimiento de la experiencia de la recurrente con otros swaps contratados con anterioridad, a pesar de que no exista mínima constancia de que en esas operaciones sí se le hubiera informado adecuadamente y de que no se viera sorprendida por la primera liquidación negativa, y, de otra parte, porque tiene en cuenta, esencialmente, la literalidad del contenido contractual (de todos y cada uno de los contratos suscritos desde 2004), pese a que según la jurisprudencia el contenido del contrato y su lectura no suple la necesaria actividad informativa suplementaria por parte del banco realizada con antelación suficiente a la firma, y menos aún cuando el coste de cancelación anticipada no aparecía concretado en la documentación contractual.

CUARTO.- En consecuencia, procede casar la sentencia recurrida y, en funciones de instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por la entidad demandada y confirmar la sentencia de primera instancia.

QUINTO.- Conforme al art. 398.2 LEC, la estimación del recurso de casación determina que no proceda imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por el mismo.

De conformidad con el art. 398.1 LEC, en relación con el art. 394 LEC, procede imponer las costas de la segunda instancia a la parte demandada, dado que su recurso de apelación tenía que haber sido desestimado.

Conforme a la d. adicional 15.ª 8 LOPJ procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

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 la demandante-apelada Vicente Machancoses e Hijos S.L. contra la sentencia dictada el 16 de julio de 2014 por la sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación n.º 199/2014. **2.º-** Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto. **3.º-** En su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por la parte demandada Banco Santander S.A. contra la sentencia dictada el 15 de noviembre de 2013 (aclarada por auto de 26 de noviembre de 2013) por la magistrada-juez titular del Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Valencia en las actuaciones de juicio ordinario n.º 1520/2012, que se confirma íntegramente. **4.º-** No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación e imponer a la parte demandada-apelante, hoy recurrida, las de la segunda instancia. **5.º-** Y devolver a la entidad recurrente el depósito constituido. 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.