

Roj: **STS 4664/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4664**Id Cendoj: **28079110012015100610**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **13/11/2015**Nº de Recurso: **1380/2012**Nº de Resolución: **633/2015**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Noviembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por "Fincas Blanco Esplugues, S.L.", representado ante esta Sala por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y asistido por el letrado D. Juan Ignacio Navas Marqués, contra la sentencia núm. 105/2012, dictada el veintiuno de febrero de dos mil doce, por la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 275/2011, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 86/2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Hospitalet de Llobregat, sobre nulidad de contrato de permuta financiera. Ha sido parte recurrida "Banco Santander, S.A.", representada ante esta Sala por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y asistido por el Letrado D. Alberto Gil Maristany.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Tramitación en primera instancia.

**PRIMERO** .- El procurador D. Ramón Feixo Bergara, en nombre y representación de "Fincas Blanco Esplugues, S.L.", interpuso demanda de juicio ordinario contra "Banco de Santander, S.A." en la que solicitaba se dictara sentencia «[...] declarando la nulidad de pleno derecho del contrato de permuta financiera concertado por esta parte con Banco Santander, S.A. al no existir consentimiento válido, acordando la obligación de la actora a restituir a la demandada las cantidades recibidas de la entidad demandada durante la vigencia del contrato; y la obligación de la entidad demandada de reintegrar a la actora las cantidades que le haya cargado en su cuenta durante la vigencia del contrato, con expresa imposición de costas a la entidad demandada si se opusiere a la demanda». Solicitaba como medida cautelar la suspensión de la vigencia del contrato.

**SEGUNDO**.- La demanda fue presentada el 30 de diciembre de 2009 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Hospitalet de Llobregat y fue registrada con el núm. 86/2010. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

**TERCERO**.- La procuradora D<sup>a</sup> Karina Sales Comas, en representación del "Banco de Santander, S.A.", contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «[...] se dicte sentencia en la que, desestimándola en su integridad, se absuelva a Banco Santander, S.A. de todos los pedimentos que contra él se formulan, con expresa condena en costas a la actora por su manifiesta temeridad y mala fe.»

**CUARTO**.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Hospitalet de Llobregat, dictó sentencia núm. 332/2010 de fecha trece de diciembre de dos mil diez, con la siguiente parte dispositiva: «Fallo: Desestimo la demanda interpuesta por el Procurador Ramón Feixó en representación de Fincas Blanco Esplugues, S.L., contra Banco Santander Central Hispano, S.A. Se imponen las costas del procedimiento a la parte actora».

### Tramitación en segunda instancia.



**QUINTO.-** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por "Fincas Blanco Esplugues, S.L." "Banco Santander, S.A." se opuso al recurso interpuesto de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 275/2011 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 105/2012 en fecha veintiuno de febrero de dos mil doce, cuya parte dispositiva dispone: «FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación formulado por la demandante Fincas Blanco Esplugues, S.L., se confirma la sentencia de 13 de diciembre de 2010 dictada en los autos nº 86/10 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de L'Hospitalet de Llobregat, con imposición de las costas del recurso de apelación a la parte apelante».

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

**SEXTO.-** El procurador D. Ramón Feixo Bergara, en representación de "Fincas Blanco Esplugues, S.L.", interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Infracción de los artículos 216 y 217 de la LEC con base en el artículo 469.1.2º LEC.

»Segundo.- Infracción del art. 218 de la LEC, por la falta de congruencia, claridad, exhaustividad y motivación de la sentencia recurrida con base en el artículo 469.1.2º de la LEC.

»Tercero.- Vulneración de las normas procesales relativas a la valoración de la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica contenidas en los artículos 316, 326, 376, 348 y 380 de la LEC y con base en el artículo 469.1.4º de la LEC.

»Cuarto.- Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE, con base en el art. 469.1.4º LEC».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3º y 3 de la LEC por infracción del art. 79 de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores y de los arts. 16 y art. 5.3 del Anexo I Real Decreto 629/1993, de 3 de Mayo al considerar que la Sentencia recurrida infringe la referida normativa y existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales relacionada con dicha normativa acerca de la información que debe proporcionar la entidad a los clientes a la hora de ofertar contratos como el objeto de litigio y la actuación que deben de tener las entidades bancarias: infracción de los criterios de diligencia, transparencia, imparcialidad y buena fe que deben presidir relaciones entre entidad bancaria y cliente.

»Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3º y 3 LEC por infracción de los arts. 1261, 1265 y 1104 del CC al considerar que la sentencia recurrida infringe dichos preceptos y existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales acerca de la "diligencia exigible" al cliente: distinción "diligencia profesional" exigible entidad bancaria».

**SÉPTIMO.-** 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 dos de diciembre de dos mil catorce, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º) Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Fincas Banco Esplugues, S.L., contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 21 de febrero de 2012, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª), en el rollo de apelación nº 275/2011, dimanante del juicio ordinario nº 86/2010, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Hospitalet de Llobregat.

»2º) Dese traslado por el secretario de la Sala del escrito de interposición de los recursos, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida comparecida para que formalice su oposición, en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría de la Sala».

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

**NOVENO.-** Por providencia de 9 de septiembre de 2015 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 29 de octubre de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, Magistrado de Sala.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-Antecedentes del caso.**

1.- "Fincas Blanco Esplugues, S.L." (en lo sucesivo, Fincas Blanco) interpuso demanda contra "Banco Santander, S.A." (en lo sucesivo, Banco Santander) en solicitud de que se declarara la nulidad del contrato de swap bonificado reversible que suscribieron el 29 de diciembre de 2006 con un nocional de seis millones de euros, por error en el consentimiento.

El error habría venido causado por la información insuficiente que le facilitó Banco Santander. Cuando Fincas Blanco, una vez que los tipos de interés comenzaron a descender, tuvo conocimiento de la naturaleza de producto de alto riesgo que tenía el swap y del elevado coste que ello le iba a suponer, Banco Santander le solicitó 330.000 euros para cancelarlo, sin que se le hubiera advertido tampoco de la existencia de un coste de cancelación que podía tener esa envergadura.

2.- El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Consideró, resumidamente, que la demandante no había acreditado que la demandada supiera o pudiera prever la caída de los tipos de interés que iba a producirse unos años después, ni la falta de información adecuada previa a la conclusión del contrato. Entendió que el error no era excusable pues la demandante es una empresa inmobiliaria, por lo que no puede aceptarse que su administrador afirme no haber entendido el producto, pues se le presume un trato habitual con productos bancarios.

3.- Apelada la sentencia por la parte demandante, la Audiencia Provincial desestimó el recurso, al considerar que la naturaleza, objeto y condiciones del contrato aparecían claramente expresados en el contrato, y la demandante era una empresa inmobiliaria, su administrador había contado con el asesoramiento del contable de la empresa, los primeros años tuvieron liquidaciones a su favor (11.718,33 euros en 2007 y 117,17 euros en 2008), y solo cuando los tipos de interés bajan y el saldo comienza a ser negativo para la demandante, esta interesa la nulidad del contrato. Por tanto, no sería posible apreciar que el error padecido fuera excusable, pues podía ser evitado empleando una diligencia media o regular, mediante la simple lectura del contenido del contrato suscrito, integrado por cláusulas redactadas de manera concreta, clara y sencilla, con posibilidad de comprensión directa, en los términos del art. 80.1.a del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios .

4.- La demandante ha interpuesto recursos extraordinario por infracción procesal, basado en cuatro motivos, y de casación, basado en dos motivos.

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

1.- El enunciado que encabeza el primer motivo del recurso tiene el siguiente texto: « *Infracción de los artículos 216 y 217 de la LEC con base en el artículo 469.1.2º LEC* ».

2.- La infracción del principio de justicia rogada enunciado en el art. 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se habría producido al considerar como hecho notorio una determinada evolución de los tipos de interés, que además sería errónea, así como que la sentencia no se haya pronunciado sobre algunos extremos que la recurrente considera fundamentales.

La infracción de las reglas de la carga de la prueba del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil habría tenido lugar al mantener que corresponde a la demandante la carga de la prueba de la falta de un correcto asesoramiento e información al cliente, cuando, alega, en este tipo de contratos hay un distinto grado de diligencia exigible a cada parte, pues el banco es un comerciante experto que desarrolla habitualmente su actividad en el mercado financiero mientras que la demandante no cuenta con personal cualificado con conocimientos financieros de alto nivel y capacidad y conocimiento técnico suficiente para discernir lo que representa un producto financiero de alto riesgo, por lo que es el banco quien debe probar que facilitó la información necesaria al cliente.

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

1.- La recurrente incurre en graves defectos de técnica casacional al mezclar en un mismo motivo infracciones de carácter heterogéneo. Además, algunas de las cuestiones planteadas exceden claramente del ámbito de lo procesal y son de naturaleza sustantiva.

2.- Las cuestiones que se plantean en el primer apartado del motivo (apreciación de determinados hechos como notorios, error en tal apreciación, falta de pronunciamiento sobre determinados extremos litigiosos) no constituyen infracción del art. 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

3.- En lo que respecta a la carga de la prueba, aunque algunas expresiones (más en la sentencia de primera instancia que en la sentencia de apelación, que es la recurrida) pueden llevar a pensar que la razón de la



desestimación de la demanda ha sido la falta de prueba de determinados extremos, analizada la sentencia recurrida con detenimiento puede considerarse que en realidad la razón de la desestimación ha sido la consideración de que bastaba la lectura del contrato, a la vista de la naturaleza de este, para obtener la información suficiente para formarse una idea correcta de lo que se estaba contratando, al tratarse la demandante de una empresa inmobiliaria y haber sido asistido su administrador por el contable de la empresa.

Se trata de cuestiones de naturaleza sustantiva, que han sido planteadas en el recurso de casación, por lo que al resolver este serán oportunamente abordadas.

#### **CUARTO.- Formulación del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.**

1.- El segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal lleva el siguiente epígrafe: « *Infracción del art. 218 de la LEC, por la falta de congruencia, claridad, exhaustividad y motivación de la sentencia recurrida con base en el artículo 469.1.2º de la LEC* ».

2.- En la fundamentación del motivo se alega que la sentencia recurrida adolece de falta de claridad al acusar a la demandante de haber tenido una diligencia media o regular a la hora de entender el contrato, que es la diligencia exigida a una persona inexperta, y que tratándose de una sociedad, se le aplica la normativa de consumidores y usuarios.

También se alega que la sentencia recurrida adolece de falta de exhaustividad pues no se explica la información que le fue facilitada a la demandante.

Se imputa también a la sentencia ser incongruente al expresar que es mayor la diligencia exigida cuando se trata de un profesional, pero Fincas Blanco no está considerada como experta, ni se expresa la razón de considerar el contrato como concreto, claro y sencillo.

Y por último se alega que existe falta de motivación pues no la expuesta en la sentencia no permite conocer por qué la Audiencia Provincial aplica la normativa de consumidores, que fue invocada por la demandante de forma errónea.

#### **QUINTO.- Decisión de la Sala. Desestimación del motivo.**

1.- En el motivo se mezclan diversas consideraciones, algunas de difícil comprensibilidad o derivadas de un mal entendimiento de la sentencia recurrida, otras de naturaleza sustantiva, y ninguna de ellas apta para sustentar la estimación del recurso.

2.- Los razonamientos de la sentencia de la Audiencia Provincial podrán ser o no compartidos, pero no adolecen de una falta de claridad que pueda permitir la estimación de un recurso extraordinario por infracción procesal.

La aplicación de la normativa de consumidores (en realidad, su mera invocación) podrá ser o no acertada, pero no tiene nada que ver con el art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En todo caso, no parece ser muy acorde con las exigencias de la buena fe impugnar una sentencia porque haya aplicado la normativa que ha sido invocada por el propio recurrente en su demanda; menos aun cuando, de ser cierto que se hubiera aplicado tal normativa (la de protección de los consumidores y usuarios), ello solo podría haber supuesto ventajas para la recurrente, al tratarse de una normativa más protectora para el contratante que se adhiere a un contrato predispuesto que la normativa legal aplicable a quienes no ostentan la condición legal de consumidores.

3.- La falta de exhaustividad que se denuncia no es tal, puesto que la sentencia recurrida sí precisa la información que fue facilitada a la empresa demandante y que considera suficiente para que el consentimiento de esta se formara correctamente: el propio contenido del contrato.

4.- En cuanto a la denuncia de falta de congruencia, la recurrente confunde el significado coloquial de "congruencia" con su significado jurídico. Que una sentencia contenga razonamientos incorrectos, incluso poco armoniosos, en opinión de la recurrente, no tiene nada que ver con la exigencia de congruencia de la sentencia con las pretensiones deducidas oportunamente por las partes que se contiene en el art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

#### **SEXTO.- Formulación del tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.**

1.- El tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal lleva por título « *[v]ulneración de las normas procesales relativas a la valoración de la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica contenidas en los artículos 316, 326, 376, 348 y 380 de la LEC y con base en el artículo 469.1.4º de la LEC* ».

2.- Bajo la alegación de que la valoración de la prueba hecha por la sentencia de la Audiencia Provincial no respeta las exigencias de la sana crítica y es notoriamente irracional, la recurrente expone la narración de los





hechos que considera debieran haberse considerado probados (y las consecuencias jurídicas que deberían haberse extraído de los mismos), con referencias a las diversas pruebas de las que deberían haberse deducido.

#### **SÉPTIMO.- Decisión de la Sala. Desestimación del motivo.**

1.- Nuestro sistema el procedimiento civil sigue el modelo de la doble instancia, razón por la que ninguno de los motivos que *numerus clausus* [relación cerrada] enumera el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la valoración de la prueba. El recurso extraordinario por infracción procesal no da paso a una tercera instancia en la que, fuera de los supuestos excepcionales, se pueda replantear la completa revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación.

En nuestras sentencias número 418/2012, de 28 de junio , y 262/2013, de 30 de abril , tras reiterar la admisibilidad de un excepcional control de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de la segunda instancia, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, recordamos que « *no todos los errores en la valoración de la prueba 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.*

» *Como se advierte, la recurrente no identifica ningún error de este tipo en la redacción del motivo, en el que lo que busca es una revisión conjunta de la valoración de la prueba practicada, con olvido de que la misma constituye función exclusiva de los Tribunales de las instancias, sin posibilidad jurídica de nuevo examen por medio del recurso extraordinario, ante la ausencia de causa legal para ello» .*

2.- La recurrente redacta este motivo como si se tratara de un escrito de conclusiones, en el que expone qué debió considerarse probado, indicando las pruebas de las que debieron deducirse los hechos relevantes para el éxito de su pretensión (entre las que destaca las propias declaraciones del representante legal de la recurrente, de las que transcribe varios párrafos, y del testigo empleado de la misma) y cómo debieron ser valoradas las mismas, añadiendo algunas consideraciones jurídicas que permitirían, con base en tales hechos, estimar la demanda. Unas alegaciones de esa naturaleza, que podrían ser admisibles en un recurso ordinario, son claramente inadecuadas para sustentar un recurso extraordinario por infracción procesal.

3.- En lo que se refiere a la prueba pericial, la atribución por la sentencia recurrida de falta de credibilidad por la relación familiar del perito con el abogado de la demandante, pues son hermanos, y la consideración de que incurre en un exceso de subjetivismo, no puede considerarse como una valoración irracional o un error patente, por más que no sea compartida por la recurrente.

Por otra parte, más que justificar la existencia de una valoración arbitraria o de un error patente sobre este particular, la recurrente dedica buena parte del motivo a exponer el contenido del informe pericial y la declaración en juicio del perito, y a exponer las conclusiones que cree pertinentes, así como invocar otras fuentes de información (Reuters, British Bankers Association) de las que concluye que Banco Santander conocía perfectamente las proyecciones de los expertos sobre la evolución de los tipos de interés.

Estas alegaciones son claramente inadecuadas para basar un recurso extraordinario por infracción procesal por infracción del art. 24 de la Constitución en relación a la valoración de la prueba, y confunde dicho recurso con una especie de trámite de conclusiones.

#### **OCTAVO.- Formulación del cuarto motivo del recurso.**

1.- El último motivo del recurso extraordinario por infracción procesal lleva el siguiente título: « *Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE, con base en el art. 469.1.4º LEC* ».

2.- En el motivo, la recurrente acusa a la Magistrada-Juez de Primera Instancia de parcialidad porque al final de la vista de medidas cautelares saludó "efusivamente" a la directora de la sucursal de Banco Santander. Ello habría permitido a la recurrente "descubrir" que ambas habían sido compañeras de curso en la facultad de Derecho de Barcelona, lo que intentó probar en segunda instancia mediante la aportación de la orla de la promoción, lo que le fue denegado por la Audiencia Provincial. Asimismo, considera significativo de esa parcialidad el modo en que la Magistrada-Juez de Primera Instancia dirigió el interrogatorio realizado por el abogado de la parte demandante en el juicio, porque declaró impertinentes varias preguntas y exigió que se reformularan otras. Por ello, alega textualmente, « *podiera concurrir causa de recusación, circunstancia que ya puso de manifiesto en el recurso de apelación, y ello puesto que en el caso de que la relación entre la Magistrada Sra. [...] con la parte demandada fuera una relación de amistad, de acuerdo con el art. 217 y ss de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Juzgadora de Instancia debería de haberse abstenido de enjuiciar el presente procedimiento* » .



### **NOVENO.- Decisión de la Sala. Ligereza injustificable en la acusación de parcialidad a la Magistrada-Juez de Primera Instancia.**

1.- El derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24 de la Constitución supone la atribución del derecho a un juez imparcial, que los justiciables tienen derecho a exigir. Pero la acusación de parcialidad a una juez es una acusación muy grave que exige un mínimo de rigor y de seriedad, así como ser formulada en el momento y por los medios que el ordenamiento jurídico prevé.

2.- Cuando la parte conoce alguno de los hechos previstos como causa de abstención o recusación, debe formular la recusación del juez « *tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde, pues, en otro caso, no se admitirá a trámite* » ( art. 107.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 223.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ).

No es admisible que la parte no recuse al juez pese a tener conocimiento de una causa de recusación (real o supuesta), pero cuando este resuelve de un modo contrario a sus intereses, denuncie que se ha infringido su derecho a un juez imparcial.

En este caso, se dice que ya en la vista de las medidas cautelares la demandante conoció los hechos en que basa su alegación de parcialidad o, en todo caso, poco tiempo después, cuando ese saludo entre la directora de la sucursal y la juez le llevó a "descubrir" que habían sido compañeras de curso en la facultad.

Sin embargo, la hoy recurrente solo alega esa supuesta parcialidad de la juez cuando esta dicta sentencia en su contra, sin que en momento alguno la haya recusado. Tal conducta es incompatible con la regulación de los medios que el ordenamiento jurídico otorga a los justiciables para controlar la imparcialidad de los jueces (fundamentalmente, la recusación) e impediría en cualquier caso la estimación del motivo.

3.- Pero lo que refuerza el carácter claramente infundado del motivo de recurso formulado son los hechos que se alegan para justificar esa supuesta parcialidad de la juez.

En primer lugar, se alega como justificante de esa parcialidad que la Magistrada-Juez declaró impertinentes varias preguntas formuladas por el abogado de la recurrente durante el juicio y le instó a reformular otras.

Exponer como uno de los justificantes de la parcialidad de la que se acusa a la juez que esta haya declarado impertinentes determinadas preguntas, o haya obligado a reformular otras, supone acusar a la juez de parcial por haber cumplido con su función en la dirección de los debates, en concreto, en la dirección de la práctica de la prueba en la vista que le atribuye la Ley de Enjuiciamiento Civil, que la Sala ha podido comprobar se llevó a cabo con absoluta corrección. Acusar a la juez de parcial por ejercer las funciones que le atribuye el art. 186.2 y por cumplir las obligaciones de dirección de la prueba y, en concreto, de control de las preguntas formuladas por los abogados que le imponen los diversos preceptos que regulan las pruebas de interrogatorio en el juicio (como las previstas en los arts. 306 y 368 , o las que se desprenden del art. 347, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil ) resulta inadmisibile.

Se alega también como justificación de la parcialidad de la Magistrada-Juez de Primera Instancia que había sido compañera de curso de la directora de la sucursal de Banco de Santander en la facultad de Derecho de Barcelona, de lo que la recurrente deduce que su relación pudiera ser de amistad (« *en el caso de que la relación de la Magistrada [...] con la parte demandante fuera una relación de amistad*», se dice de forma hipotética, aunque párrafos antes se daba por supuesta esa amistad sin más justificación); y que ambas se saludaran al final de la vista.

Tales alegaciones constituyen, de modo palmario, una base inconsistente para formular una acusación de tal gravedad.

Los jueces, como profesionales del Derecho, han estudiado en la facultad de Derecho y por tanto han sido compañeros de clase no solo de empleados bancarios que sean licenciados o graduados en Derecho, como en este caso, sino de numerosos abogados y procuradores que intervienen en los juicios. Si tuvieran que abstenerse o pudieran ser recusados cada vez que coinciden en un juicio con compañeros de clase, o con cualquiera de las personas con las que entran en contacto en su vida diaria, como ciudadanos corrientes, les resultaría imposible administrar justicia.

Tampoco es admisible que el cumplimiento de elementales normas de cortesía, como lo es saludar a una persona a la que se conoce, pueda ser interpretado como un signo de parcialidad.

Por último, lo que la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Civil consideran causa de abstención y recusación no es el simple conocimiento, ni siquiera la amistad. Solamente lo es la amistad "íntima" con cualquiera de las partes, ni siquiera con sus profesionales o empleados. Por tanto, la alegación absolutamente falta de fundamento de que la directora de la sucursal en la que la demandante contrató el swap



podiera ser amiga de la Magistrada-Juez de Primera Instancia, incluso aunque hubiera sido cierta, no sería idónea para que la Magistrada-Juez pudiera haberse abstenido ni, por tanto, para que se le pudiera recusar, en tanto que se exige una amistad "intima" para que el juez pueda abstenerse o pueda ser recusado.

Que el abogado de la parte recurrente, en tanto que profesional del Derecho, fundamente el motivo del recurso extraordinario por infracción procesal en la acusación de parcialidad de la juez, a la que no ha recusado, con base en que en el acto del juicio, en el ejercicio de sus facultades y obligaciones de dirección del debate durante la celebración de las pruebas, le declaró impertinentes algunas preguntas y le obligó a reformular otras, y a que saludó a una empleada de la parte contraria porque habían sido compañeras de curso en la facultad y por tanto "pudieran" ser amigas, no solo no permite estimar el motivo del recurso, sino que debe considerarse una actuación injustificable en un profesional del Derecho que actúa ante los tribunales de justicia.

#### **Recurso de casación.**

##### **DÉCIMO.- Formulación de los motivos del recurso de casación.**

1.- El primer motivo del recurso de casación lleva el siguiente título: « *Al amparo del artículo 477.2.3 ° y 3 de la LEC por infracción del art. 79 de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores y de los arts. 16 y art. 5.3 del Anexo I Real Decreto 629/1993, de 3 de Mayo al considerar que la Sentencia recurrida infringe la referida normativa y existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales relacionada con dicha normativa acerca de la información que debe proporcionar la entidad a los clientes a la hora de ofertar contratos como el objeto de litigio y la actuación que deben de tener las entidades bancarias: infracción de los criterios de diligencia, transparencia, imparcialidad y buena fe que deben presidir relaciones entre entidad bancaria y cliente.*»

2.- En su recurso, tras exponer la normativa aplicable a la comercialización de productos financieros en el momento en que se concertó el contrato de swap, cuyos preceptos son citados en el título que encabeza el motivo, y subrayar los párrafos que establecen la obligación de las entidades que actúan en este mercado de dar a la clientela información clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, con especial hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, sobre todo en los productos financieros de alto riesgo, la recurrente alega que la sentencia recurrida infringe dicha normativa. Impugna la afirmación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de que el error pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular mediante la simple lectura del contenido del contrato, integrado por cláusulas redactadas de manera concreta, clara y sencilla, con posibilidad de comprensión directa. Frente a la línea que sigue la sentencia recurrida, y otras que se pronuncian en similar sentido, la recurrente invoca otras sentencias de Audiencias en las que se considera el swap como un producto complejo, que exige se facilite una información adecuada para su comprensión.

También invoca sentencias que estiman infringido el deber de información de las entidades financieras que comercializan estos productos cuando no proporcionan un estudio en profundidad de la situación económica existente, con una previsión fundada acerca de la evolución de los tipos de interés en un futuro inmediato, lo que habría sucedido en este caso.

3.- El epígrafe que encabeza el segundo motivo del recurso de casación es el siguiente: « *Al amparo del artículo 477.2.3 ° y 3 LEC por infracción de los arts. 1261 , 1265 y 1104 del CC al considerar que la sentencia recurrida infringe dichos preceptos y existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales acerca de la "diligencia exigible" al cliente: distinción "diligencia profesional" exigible entidad bancaria.*»

4.- En este motivo, se impugna que se haya considerado a la demandante como una experta financiera, o que se le haya atribuido un correcto asesoramiento, por haber acudido su administrador a la concertación del contrato con el contable de la sociedad, licenciado en económicas. Asimismo, alega que es a la empresa profesional del mercado de inversión a la que ha de exigirse una diligencia profesional específica en el cumplimiento de un deber de información riguroso y adaptado a las características de la operación cuya contratación ofrece, y que en este caso la demandada no cumplió esa obligación pues no ofreció una información precisa, completa y concisa acerca de la naturaleza, características, funcionamiento y, sobre todo, sobre los riesgos del contrato que ofreció a la demandante, en concreto el riesgo de soportar grandes pérdidas y de tener que pagar un elevado importe si quería cancelar anticipadamente el contrato.

##### **UNDÉCIMO.- 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 la 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 , y 595/2015, de 30 de octubre , entre otras.

2.- Como afirmábamos en la última de las sentencias citadas, posiblemente una de las cuestiones por las que el contrato de permuta financiera ha adquirido un gran protagonismo litigioso es porque se ha desnaturalizado su concepción original, ya que el swap era un figura que se utilizaba como instrumento de reestructuración financiera de grandes empresas o como cobertura de las relaciones económicas entre éstas y organismos internacionales, mientras que de unos años a esta parte ha pasado a ser comercializada de forma masiva entre personas físicas y pequeñas y medianas empresas. Por eso, partiendo de la base de que profesionalidad y confianza son los elementos imprescindibles de la relación de clientela en el mercado financiero, en este tipo de contratos es exigible un estricto deber de información: el cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, de forma que le resulte comprensible, asegurándose de que el cliente entiende, sobre todo, los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro.

3.- La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes.

La Ley del Mercado de Valores, en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable por razones temporales, dedica el título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión. El art. 79 de la Ley del Mercado de Valores establecía como principios a los que debían atenerse las empresas que actuaran en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, los de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado, organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios, asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados, y dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste.

Por tanto, aunque tras la reforma operada por la transposición de la Directiva MiFID, el nuevo art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores sistematiza mucho más la información a recabar por las empresas de inversión de sus clientes y la que deben proporcionarles, con anterioridad a dicha reforma ya existía esa obligación de informarse sobre el perfil de sus clientes y las necesidades y preferencias inversoras de estos y de suministrarles la información adecuada e imparcial.

La previsión contenida en la anterior redacción del art. 79 de la Ley del Mercado de Valores desarrollaba la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha directiva. Los arts. 10 a 12 de la directiva fijan un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Su art. 11 prevé que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a « *informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados [...]; a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes* ».

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley del Mercado de Valores. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por razones temporales, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitando de estos información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo):

« 1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].  
3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la





*operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos ».*

La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, que desarrollaba parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993, establecía en su art. 9 : « *Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos*».

**4.-** La sentencia recurrida infringe esta normativa reguladora del mercado de valores al estimar suficiente y adecuada la información que suministró a la demandante.

Ciertamente, como hemos declarado en las sentencias núm. 385/2014, de 7 de julio , 110/2015, de 26 de febrero , y 535/2015, de 15 de octubre , entre otras, en contra de lo afirmado por la recurrente, no es relevante que la información que la empresa de servicios de inversión facilitó a la demandante no incluyera la previsión de evolución de los tipos de interés. Hemos añadido en la sentencia núm. 491/2015, de 15 de septiembre , y 535/2015, de 15 de octubre , que no cabe apreciar error vicio en la contratación de los swaps basado en el desconocimiento que en ese momento tenía el cliente sobre la evolución que iban a tener los tipos de interés, e imputar el error al incumplimiento por parte del banco de un supuesto deber de informar acerca de las previsiones del mercado.

Pero sí es relevante a efectos de apreciar infringida la normativa sobre el mercado de valores que la entidad de crédito no suministrara al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía y la entidad que podían alcanzar los mismos, y no se cerciorara de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más le convenía, lo que no ha sido cumplido en este caso.

Que las condiciones generales del contrato reunieran los requisitos que los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación establecen para que puedan entenderse incorporadas al contrato, como afirma la Audiencia Provincial (si bien está mencionó el precepto aplicable a la contratación con consumidores y usuarios, que no es aplicable pues la demandante no reúne esa cualidad) no supone que se haya cumplido el elevado estándar de información a que le obliga la normativa sectorial que se ha mencionado y resumido.

Asimismo, la información suministrada con anterioridad a la firma del contrato era claramente insuficiente pues no informaba adecuadamente sobre los riesgos del producto, en concreto sobre el riesgo de pérdidas severas en caso de bajada de los tipos de interés (en un producto en el que el cliente buscaba cubrir el riesgo de subida de los tipos de interés). Tampoco informaba sobre la existencia de un coste de cancelación que podía ser elevado. Y no contenía una información clara, imparcial y no engañosa en los términos que se exponen a continuación.

**5.-** Como consecuencia del deber de información imparcial que la normativa sectorial (también la anterior a la trasposición de la Directiva MiFID) impone a las empresas de inversión, existen determinados extremos sobre los que la entidad que ofrece a un cliente no experto la contratación de un swap debe informar a este. La intensidad de estos deberes de información son tanto mayores cuanto menor es la capacidad del cliente para obtener la información por sí mismo, debido a su perfil inversor.

En primer lugar, debe informar al cliente que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la empresa de servicios de inversión se encuentra en conflicto de intereses con su cliente, pues los intereses de la empresa y el cliente son contrapuestos. Para el banco, el contrato de swap de tipos de interés solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución del tipo de interés utilizado como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida.

Debe también informarle de cuál es 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 cantidades están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de los tipos de interés 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 anteriormente, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de los tipos de interés, 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.

También debe suministrar al cliente una información clara y correcta sobre la forma de calcular el coste de cancelación anticipada de los productos. Esta información tiene carácter esencial por cuanto que la



cancelación anticipada no es una eventualidad anormal en el contrato de swap, desde el momento en que en el mismo se prevén una serie de "ventanas" en las cuales el cliente puede cancelarlo anticipadamente. Esa información no se suministraba en el presente caso, y pese a haberse puesto de manifiesto por la demandante, la sentencia recurrida no ha otorgado ninguna trascendencia a esta grave omisión.

Asimismo, la entidad bancaria, a la vista de la complejidad del producto, debe informar en términos claros de los posibles desequilibrios entre las cargas que para el cliente supone que el tipo de interés de referencia baje y las que para el banco supone que este tipo suba, puesto que constituyen un factor fundamental para que el cliente pueda comprender y calibrar los riesgos del negocio, y en el caso objeto del recurso se plantea que mientras que las cantidades que el cliente recibió cuando el tipo de interés de referencia subió eran de escasa cuantía, las que debía pagar cuando el tipo de interés bajó eran muy superiores.

El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo ilimitado no sólo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del notional.

**6.-** Como hemos dicho en anteriores resoluciones, el suministro de una información inadecuada e insuficiente por la entidad bancaria hace presuponer la existencia del error en un cliente que no sea un experto en el mercado de productos financieros.

El hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente ese carácter experto, 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, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos.

Tampoco lo supone 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.

**7.-** Hemos declarado también 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 núm. 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 por ejemplo 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.

**8.-** Tampoco se considera correcta la afirmación de la sentencia en el sentido de que no existe error excusable que vicie el consentimiento porque la demandante podía haberla evitado con una diligencia regular o media, mediante la simple lectura del contenido del contrato suscrito, integrado por cláusulas redactadas de manera concreta, clara y sencilla, con posibilidad de comprensión directa.

Como ya se ha dicho, que las cláusulas prerredactadas del contrato de swap cumplieran los requisitos necesarios para considerarlas incorporadas al contrato, de acuerdo con los arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, no supone que suministraran al cliente la información clara, precisa, no engañosa e imparcial que exigía la normativa sobre el contrato de valores, puesto que faltaba información sobre los extremos que han sido indicados (riesgo realmente asumido, valor inicial del swap, coste de cancelación, etc).

Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes no 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 demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. La parte obligada a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia.

**9.-** Lo expuesto anteriormente debe llevar a la estimación de estos motivos del recurso de casación. La sentencia recurrida infringe la normativa del mercado de valores al considerar cumplida por Banco Santander los deberes de información para su cliente, y asimismo infringe las normas del Código Civil reguladoras de la nulidad por error vicio puesto que el error determinado por la ausencia de información clara, precisa, no engañosa e imparcial ha de considerarse sustancial y excusable y, por tanto, apto para determinar la nulidad del contrato por vicio del consentimiento.

Lo expuesto determina que la sentencia deba ser casada, el recurso de apelación estimado, y la demanda, estimada, declarándose la nulidad del contrato y la obligación de las partes de restituirse lo recíprocamente recibido de la otra, con sus intereses, devengados al tipo del interés legal, desde la fecha de los diversos cargos y abonos, por aplicación del art. 1303 del Código Civil.

#### **DUODÉCIMO .- Costas y depósitos.**

**1.-** La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva la imposición a la recurrente de las costas derivadas del mismo. La estimación del recurso de casación conlleva que no se haga expresa imposición de las costas derivadas del mismo, ni de las ocasionadas en el recurso de apelación. Las costas de primera instancia deben ser impuestas a Banco Santander, ante la plena estimación de la demanda. Todo ello de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### **FALLAMOS**

**1.-** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto por "Fincas Blanco Esplugues, S.L." contra la sentencia núm. 105/2012 dictada, en fecha veintiuno de febrero de dos mil doce, por la Audiencia Provincial de Barcelona, sección decimotercera.

**2.-** Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar:

**2.1.-** Estimamos el recurso de apelación interpuesto por "Fincas Blanco Esplugues, S.L." contra la sentencia núm. 332/2010 de 13 de diciembre de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Hospitalet de Llobregat.



**2.2.-** Revocamos la citada sentencia de primera instancia y, en su lugar, estimamos plenamente la demanda interpuesta por "Fincas Blanco Esplugues, S.L." contra "Banco de Santander, S.A."; declaramos la nulidad del contrato de permuta financiera denominado "swap bonificado reversible media" concertado por las partes el 29 de diciembre de 2006, condenando a las partes a restituirse lo recíprocamente recibido cada una de la otra en virtud del contrato, con sus intereses, devengados al tipo del interés legal, desde la fecha de los diversos cargos y abonos, respectivamente.

**3.-** Se condena a la recurrente al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal. No procede imposición de costas del recurso de casación ni del recurso de apelación. Se condena a "Banco Santander, S.A." al pago de las costas de primera instancia.

**4.-** Se acuerda la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal. Devuélvase al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso de casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.-Pedro Jose Vela Torres.- FIRMADO y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza Jimena** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.