



Roj: **STS 4914/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4914**

Id Cendoj: **28079110012015100641**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/11/2015**

Nº de Recurso: **339/2012**

Nº de Resolución: **607/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI Zaragoza, núm. 11, 03-06-2011,**  
**SAP Z 2948/2011,**  
**STS 4914/2015**

## **SENTENCIA**

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

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Zaragoza.

Los recursos fueron interpuestos por la entidad Covinca Sociedad Cooperativa Agraria, representada por la procuradora Silvia Vázquez Senín.

Es parte recurrida la entidad Banco Santander S.A., representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Tramitación en primera instancia**

1. El procurador Emilio Pradilla Carreras, en nombre y representación de la entidad Covinca Sociedad Cooperativa Agraria, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Zaragoza, contra la entidad Banco Santander S.A., para que se dictase sentencia:

"en la que:

1º.- *Declare la nulidad e ineficacia de los contratos y acuerdos de cancelación anticipada acompañados a la demanda como documentos uno a cinco, ambos inclusive, por carecer el firmante de los mismos, Sr. Jenaro , de autorización ni representación legal para otorgarlos en nombre de la actora.*

2º.- *Subsidiario de la petición anterior, se declare la nulidad de los contratos y acuerdos de cancelación anticipada acompañados a la demanda como documentos uno a cinco, ambos inclusive, por error en el consentimiento fundada en la infracción del deber de lealtad y fidelidad al cliente, y de proporcionarle adecuada y suficiente información.*

3º.- *Declare la nulidad del contrato y cancelación anticipada acompañado a la demanda como documento seis, por error en el consentimiento fundada en la infracción del deber de lealtad y fidelidad al cliente, y de proporcionarle adecuada y suficiente información.*

4.- *Como consecuencia de la declaración de nulidad de los contratos y cancelaciones anticipadas, se declare la obligación de las partes a restituir las mutuas contraprestaciones, mediante liquidación, estableciendo el saldo final a favor de la actora y condenando en consecuencia a Banco de Santander, S.A. a restituir a la actora el*



importe resultante a su favor de ciento noventa y cinco mil trescientos cuarenta y ocho euros con cuarenta y tres céntimos (195.348,43 €) más los intereses de dicha cantidad.

5.- Como consecuencia de la declaración de nulidad de los contratos, y cancelaciones anticipadas, declare que la actora queda liberada del pago de las liquidaciones posteriores a las que se incorporan a esta demanda, así como condene a Banco de Santander, S.A. a restituir a la actora las cantidades que, tras la interposición de la presente demanda, se sigan cargando como consecuencia de los contratos suscritos hasta la ejecución de la sentencia, más los intereses legales desde que aquellos cargos se hicieron en cuenta.

6.- Se condene a la demandada al pago de las costas procesales."

2. La procuradora María Luisa Hueto Sanz, en representación del Banco Santander S.A., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"desestimando la demanda con expresa condena en costas a la actora."

3. El Juez de Primera Instancia núm. 11 de Zaragoza dictó sentencia con fecha 3 de junio de 2011, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO.-Que estimando la demanda promovida en juicio ordinario nº 1726/H-2010, instado por el Procurador Sr. Pradilla, en nombre y representación de Covinca Sociedad Cooperativa, contra Banco de Santander, representado por la Procuradora Sra. Hueto, debo declarar y declaro nulos e ineficaces los contratos y acuerdos de cancelación anticipada acompañados a la demanda bajo los números 1 a 5, ambos inclusive, por carecer el firmante de los mismos, Don. Jenaro, de autorización ni representación legal para otorgarlos en nombre de la actora.

Asimismo debo declarar y declaro nulo e ineficaz el contrato y cancelación anticipada a que se refiere el Documento nº 6 de los de la demanda, por error en el consentimiento.

Consecuencia de la anterior declaración, debo condenar y condeno a la parte demandada a que restituya a la actora todas las cantidades que se hayan cargado como consecuencia de dichos contratos que hasta la fecha se fijan en 228.727,23 euros, cantidad en concepto de principal, condenando a dicha demandada a que pague el interés de la misma desde la fecha de la interposición judicial de la demanda, condenando igualmente a dicha demandada al pago de las costas procesales."

#### **Tramitación en segunda instancia**

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Banco Santander, S.A.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, mediante Sentencia de 24 de noviembre de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLO: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la legal representación del Banco de Santander, debemos revocar parcialmente la sentencia apelada. Y estimar parcialmente la demanda. Dejando sin efecto la nulidad de los contratos de 3 de junio de 2009, condenando, en consecuencia, al Banco de Santander a que restituya a COVINCA Sociedad Cooperativa la cantidad de 103.880,48 euros de principal, e intereses legales desde la interposición judicial. Confirmándola en todo lo demás. Sin hacer pronunciamiento respecto a las costas de ninguna instancia."

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

5. El procurador Emilio Pradilla Carreras, en representación de la entidad Covinca Sociedad Cooperativa Agraria, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5ª.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Infracción del art. 24 de la Constitución Española .

2º) Infracción del art. 217.1 y 6 de la LEC .

3º) Infracción del art. 24 de la Constitución Española ."

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción del principio de "propagación de la ineficacia contractual" recogido en sentencias de 22 de diciembre de 2009 y 17 de junio de 2010, en relación con los arts. 1274 y 1275 del Código Civil .

2º) Infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil .



3º) *Infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil, de las normas que regulan los deberes de información de las entidades financieras sobre productos de inversión recogidos en los arts. 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores, todo ello conforme al deber de exigencia de buena fe - art. 7.1 del Código Civil -.*

4º) *Infracción del art. 1256 del Código Civil, vulnerando lo dispuesto en la Ley 24/88 del Mercado de Valores, arts. 14 y 19 .".*

6. Por diligencia de ordenación de 25 de enero de 2012, la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la entidad Covinca Sociedad Cooperativa Agraria, representada por la procuradora Silvia Vázquez Senín; y como parte recurrida la entidad Banco Santander S.A., representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 6 de mayo de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

*"Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad Covinca Sociedad Cooperativa Agraria contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 24 de noviembre de 2011, por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.ª, en el rollo de apelación n.º 607/2011, dimanante del juicio ordinario 1726/2010, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Zaragoza."*

9. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Santander, S.A., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

10. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de octubre de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Resumen de antecedentes

1. Jenaro, socio cooperativista de Covinca Sociedad Cooperativa Agraria, S.COOP, sin tener facultades de representación de la cooperativa, a nombre de ella concertó con el Banco Santander, el 28 de octubre de 2005, un contrato marco de operaciones financieras (CMOF). A continuación firmó, también en nombre de la cooperativa, cinco operaciones de Swap, entre 2005 y 2008.

Tanto el CMOF como las cinco operaciones de Swap fueron declaradas nulas por el juzgado de primera instancia, por falta de consentimiento de la cooperativa demandante, al apreciar que el Sr. Jenaro carecía de poder de representación para contratar este producto financiero a nombre de la cooperativa. Esta resolución fue confirmada por la Audiencia y no ha sido objeto de impugnación en casación ni en el recurso extraordinario por infracción procesal.

Además de las anteriores operaciones de swap, el 3 de junio de 2009 se firmó un nuevo swap, el sexto. En realidad, al contratar este swap, se cancelan los dos anteriores de 9 de mayo de 2008, uno por un nominal de 3.400.000 euros y otro por un nominal de 800.000 euros. El nominal de este sexto swap fue de 4.200.000 euros.

Este sexto contrato de swap fue declarado nulo por vicio en el consentimiento, en concreto, por error vicio, por el juzgado que conoció en primera instancia de la demanda.

2. La Audiencia Provincial, además de confirmar la nulidad por falta de consentimiento del CMOF y de las cinco primeras operaciones de swap, estimó en parte la apelación respecto de la nulidad del sexto swap. Y es este el único pronunciamiento que ahora es objeto tanto del recurso de casación como del recurso extraordinario por infracción procesal.

La Audiencia, en primer lugar, determina que, en atención a la fecha del contrato de swap (3 de junio de 2009), regía la normativa MiFID, en concreto, el art. 79bis LMV, respecto de los deberes de información y de la realización de los test de conveniencia e idoneidad.

Después declara acreditado que no existió información precontractual, sino que la que se suministró fue el mismo día de la contratación, en que además se firmaron los test de conveniencia e idoneidad. Especifica que los documentos llegaron de la central (departamento de tesorería) el mismo día de la firma del contrato. De



lo que concluye que, con tan poca antelación, difícilmente pudieron asumir su contenido los directores de la cooperativa.

Deja constancia, además, de que el empleado del banco no recordaba si había leído una a una las preguntas del test. La Audiencia entiende que «mal pudieron valorar los conocimientos de los representantes de CONVINCA, con esta mecánica de actuación». Lo que le lleva a concluir que «las firmas del día 3 de junio de 2009 constituyeron un acto protocolario, sin más».

No obstante lo anterior, la Audiencia no aprecia la concurrencia del error vicio, porque a la hora de contratar este sexto swap, no resulta excusable que los directores de la cooperativa no pidieran las explicaciones pertinentes al gerente o contable, Sr. Jenaro , que sí tenía experiencia y debía saber «la mecánica real de las permutas financieras contratadas con el banco». Y añade que el Sr Jenaro en ese momento «ya podía conocer, pidiendo las pertinentes explicaciones a la entidad o buscando asesoramiento externo, las expectativas de ese negocio, el modus operandi del mismo, incluso los entresijos reales del cálculo de los costes de cancelación».

**3.** Frente a esta sentencia de apelación, la cooperativa demandante ha formulado recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

**4. Formulación del motivo primero y tercero .** El *motivo primero* se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC , por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE , al haberse extraído de la valoración de la prueba conclusiones contrarias a la racionalidad, pues la sentencia deja sin efecto «la nulidad de los contratos de 3 de diciembre de 2009» cuando una parte de dichos contratos declarados por la Sala válidos y eficaces incorporan el acuerdo y el coste de cancelación anticipada de los anteriores contratos de permuta financiera cuya nulidad ha sido confirmada.

El *motivo tercero* se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC , «por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE , por haberse valorado la prueba de manera ilógica o arbitraria, existiendo una ruptura de las pautas lógicas de suficiente importancia, al declarar la sentencia recurrida no existir error invalidante del consentimiento en cuanto al último de los contratos de swap firmados, habiendo dejado probado, sin embargo, que no existió en ningún momento una información adecuada y exigible a un producto financiero de complicada comprensión».

Procede desestimar los dos motivos por las razones que exponemos a continuación.

**5. Desestimación de los motivos primero y tercero .** Es cierto que, con carácter excepcional por ser la valoración de la prueba una función propia del tribunal de instancia, esta Sala ha admitido que pueda justificarse un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC , en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva» (entre otras, Sentencias 326/2012, de 30 de mayo ; y 58/2015, de 23 de febrero ). Pero el error o la arbitrariedad en la valoración deben versar sobre la determinación de los hechos, no sobre sus consecuencias o implicaciones jurídicas, puesto que esto último es una cuestión jurídica que sólo puede revisarse, en su caso, por medio del recurso de casación.

En este caso, ambos motivos impugnan no la valoración de la prueba en orden a la determinación de los hechos, sino la valoración jurídica, en concreto la relativa a la nulidad o validez del contrato. En el motivo primero, se impugna que no se haya juzgado correctamente sobre las consecuencias jurídicas que pudieran derivarse para la validez del sexto contrato de swap, de la nulidad de los dos contratos anteriores, los dos de 9 de mayo de 2008. En el motivo tercero, se impugna que la sentencia de instancia, después de dejar constancia que no existió en ningún momento información adecuada y exigible a un producto financiero de complicada comprensión, no hubiera apreciado la nulidad por error vicio. En los dos casos, se está impugnando una valoración jurídica, ajena al recurso extraordinario por infracción procesal.

**6. Formulación del motivo segundo .** El motivo se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC , por infracción del art. 217.1 y 6 LEC y la jurisprudencia sobre las reglas de la carga de la prueba (cita las Sentencias de 20 de febrero de 1990 y 22 de diciembre de 2009 ), al haberse impuesto al cliente y no al banco las consecuencias desfavorables de la falta de prueba sobre el detalle del endeudamiento a interés variable que se pretendía cubrir con el swap, y por tanto sobre si es idóneo para considerar el producto "de cobertura" o especulativo.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**7. Desestimación del motivo segundo .** La cuestión suscitada en este motivo no guarda estricta relación con lo que fue objeto del litigio y con la *ratio decidendi* de la sentencia. En la demanda se pidió la nulidad del sexto contrato de swap, de 3 de junio de 2009, por error vicio en el consentimiento, derivado de un defecto de información, no porque el swap contratado no se adecuara a los intereses de la cooperativa que lo contrataba.



La razón por la que se desestimó, en segunda instancia, la nulidad de este sexto swap fue por otra circunstancia ajena a la prueba del endeudamiento a interés variable que se pretendía cubrir con el swap. La Audiencia no apreció el error vicio, porque entendió que el defecto de conocimiento de los directores de la cooperativa era inexcusable, pues podían haber consultado o preguntado al Sr. Jenaro que tenía experiencia y debía conocer el producto. Siendo esto así, las consecuencias de la falta de acreditación del detalle del endeudamiento a interés variable que se pretendía cubrir con el Swap no fueron relevantes para la falta de apreciación del error vicio. Por esta razón, procede la desestimación del motivo.

### Recurso de casación

**8. Formulación del motivo primero.** El motivo se funda en «la infracción del principio *simul stabunt, simul cadent*, o propagación de la ineficacia contractual, fijado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 22 de diciembre de 2009 y 17 de junio de 2010, en relación con los artículos 1274 y 1275 del Código Civil sobre la causa de los contratos, y la doctrina de la continuada influencia de la causa en el contrato puesto que, habiéndose declarado la nulidad de todos los contratos de swap anteriores conforme al art. 1259 del Código Civil, no se aplica por la Sala a los contratos firmados el 3 de junio de 2009 el principio de propagación o extensión de los efectos de la ineficacia contractual a otros actos o contratos que guardan relación con el inválido».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**9. Desestimación del motivo primero.** Al margen de que la cuestión suscitada pudiera considerarse nueva, en la medida en que la sentencia de primera instancia había apreciado la nulidad del sexto swap por existir vicio en el consentimiento y no como un efecto reflejo de la nulidad de los anteriores contratos de swap, y la sentencia de apelación dejó sin efecto la nulidad del sexto contrato de swap por no apreciar la existencia de un error inexcusable, no existe el efecto reflejo de nulidad pretendido por el recurrente.

El que la sexta operación de swap tome por referencia las condiciones de las dos operaciones anteriores, que habían sido declaradas nulas porque quien actuó por la cooperativa carecía de poder de representación para obligarla, no conlleva la nulidad del sexto swap. La razón de la nulidad de los swaps anteriores no determina la nulidad del sexto swap, aunque esta última suponga una reestructuración de los dos anteriores. Lo relevante es que en esta reestructuración que supuso el sexto swap la cooperativa intervino por medio de sus legales representantes, y por ello no se incurrió en el defecto de representación que determinó la nulidad de los anteriores. Y, en relación a lo que se cuestionó en apelación, el enjuiciamiento versa sobre si quien contrató por la cooperativa prestó su consentimiento viciado por error o no, cuestión ajena a la falta de representación.

**10. Formulación del motivo segundo.** El motivo se funda en la «infracción de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil, sobre error vicio del consentimiento, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 4 de enero de 1982, 18 de febrero de 1994 y 17 de junio de 2010, en relación con el requisito de su excusabilidad para ser invalidante, al considerar la sentencia recurrida que el error sufrido por los representantes de la cooperativa en la firma del contrato de 3 de junio de 2009 es inexcusable, por haber podido pedir explicaciones en la entidad o buscado asesoramiento externo, habiéndose reconocido en la sentencia como hecho probado que la información dada por el Banco Santander en la mencionada firma fue inexistente, y su actitud poco transparente, vulnerándose por tanto el principio de responsabilidad negocial y buena fe recogido en el artículo 1258 del Código Civil, que imponía al banco informar convenientemente, y los requisitos doctrinales de tener en cuenta las circunstancias de ambos contratantes, la especial relación de confianza en las relaciones banco-cliente, y valorar si la información le ha sido al cliente fácilmente accesible para determinar la diligencia exigible».

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**11. Estimación del motivo segundo.** En la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, expusimos la doctrina de la Sala sobre el alcance de los deberes de información que la normativa MiFID, en concreto el art. 79bis LMV, impone a las empresas de inversión cuando contratan con un inversor minorista, como es el caso, un producto financiero complejo, como es el swap:

«estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, "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)».

En aquella sentencia y en otras posteriores, expusimos la jurisprudencia sobre el error vicio y su incidencia en la contratación de un producto financiero complejo bajo la normativa MiFID, en caso de incumplimiento de estos deberes de información:





«El deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada.

»(...) lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información.

»Al mismo tiempo, 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.»

**12.** En nuestro caso, la sentencia de apelación declara acreditado que la única información que se suministró fue en el momento de la firma del contrato, sin que las explicaciones fueran todo lo claras y precisas que exige la ley. La sentencia declara acreditado que el banco, a pesar de que se hubiera firmado el test de idoneidad, no cumplió con el deber de informar en los términos del apartado 3 del art. 79bis LMV. Máxime cuando, según la jurisprudencia de esta Sala, no basta con suministrar la documentación, sino que se precisa una labor activa por parte del banco:

«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, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión 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» ( Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015 , con cita de la anterior sentencia 244/2013, de 18 de abril ).

En este contexto, el último razonamiento de la sentencia de apelación, en el que, pese a haber apreciado el incumplimiento del deber de información, y reconocer que los directores de la cooperativa no estuvieron en condiciones de representarse las consecuencias o riesgos concretos del producto financiero que contrataban, entendió inexcusable el error porque los directores de la cooperativa «no pidieron antes de firma el swap de 2009 las explicaciones pertinentes a su gestor o contable, Sr. Jenaro », contraría la jurisprudencia sobre la excusabilidad del error en caso de incumplimiento de los deberes de información.

El enjuiciamiento de la inexcusabilidad del error realizado por el tribunal de instancia presupone que primero ha apreciado que existió error, en cuanto representación errónea sobre algunos de los elementos esenciales del negocio, y que era sustancial, pero que en atención a los deberes de diligencias exigibles, los directores de la cooperativa debían haber preguntado a su gestor, que sí debía saber lo que ellos desconocían o conocían mal. Este razonamiento conculca la jurisprudencia expuesta, pues la existencia del deber de información del art. 79bis.3 LMV, que se justifica por la asimetría informativa, conlleva que su incumplimiento por el banco haga excusable el error en que pueda incurrir el cliente minorista sobre lo que debía ser objeto de información, sin que pueda trasladarse la responsabilidad del error al propio cliente por no haberse asesorado mejor con su contable, quien, además, no queda del todo claro que conociera bien el producto y, sobre todo, sus concretos riesgos.

En consecuencia, casamos la sentencia, y acordamos tener por desestimado el recurso de apelación, y con ello declarada la nulidad del sexto swap por error vicio en el consentimiento.

La estimación del segundo motivo hace innecesario analizar los motivos tercero y cuarto de casación.

### **Costas**

**13.** Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal, imponemos a la parte recurrente las costas del recurso ( art. 398.1 LEC ).

Estimado el recurso de casación, no hacemos expresa condena en costas ( art. 398.2 LEC ).

Consecuencia de la estimación del recurso de casación, se tiene por desestimado el recurso de apelación, y se imponen las costas de la apelación al Banco Santander ( art. 398.1 LEC ).



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

### FALLAMOS

Desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por la representación de Covinca Sociedad Cooperativa Agraria, S.COOP contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 5ª) de 24 de noviembre de 2011, que resuelve el recurso de apelación formulado contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Zaragoza de 3 de junio de 2011 (juicio ordinario núm. 1726/2010), con imposición de costas a la recurrente.

Estimamos el recurso de casación formulado por la representación de Covinca Sociedad Cooperativa Agraria, S.COOP contra la reseñada Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 5ª) de 24 de noviembre de 2011, que dejamos sin efecto, y en su lugar acordamos la desestimación del recurso de apelación formulado por la representación de Banco Santander contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Zaragoza de 3 de junio de 2011 (juicio ordinario núm. 1726/2010), con imposición de las costas de la apelación al apelante. No hacemos expresa condena de las costas del recurso de casación.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia de procedencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Francisco Marin Castan.- 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. **Ignacio Sancho Gargallo**, 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.