



Roj: **STS 2597/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2597**

Id Cendoj: **28079110012016100365**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/06/2016**

Nº de Recurso: **414/2013**

Nº de Resolución: **359/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP H 1361/2012,**  
**STS 2597/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 1 de junio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Huelva, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Huelva. El recurso fue interpuesto por Blas , representado por el procurador Luciano Rosch Nadal. Es parte recurrida la entidad Banco Popular Español, S.A., representada por la procuradora María José Bueno Ramírez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO.- Tramitación en primera instancia**

1.- La procuradora María del Carmen García Aznar, en nombre y representación de Blas , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Huelva, contra la entidad Banco de Andalucía S.A., para que se dictase sentencia:

«por la que estimándose íntegramente la demanda:

»1º.- Declare la nulidad de pleno derecho del contrato de permuta financiera "IRS" de Banco Andalucía, firmado por mi mandante, por ausencia de los requisitos del artículo 1261 del Código Civil y/o por infracción de la normativa imperativa especial de aplicación al presente caso, que acarrea la nulidad de pleno derecho ex artículo 6.3 del Código Civil , además de todos los otros argumentos relatados en esta escrito de demanda. Y que, en consecuencia (efectos *ex tunc* ), se ordene la restitución recíproca de las prestaciones entre las partes, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de su cargo en cuenta.

»2º.- Subsidiariamente, declare la nulidad del contrato de permuta financiera "IRS" de Banco Andalucía, firmado por mi mandante, por vicio en el consentimiento, además de todos los otros argumentos relatados en este escrito de demanda. Y que, en consecuencia (efectos *ex tunc* ), se ordene la restitución recíproca de las prestaciones entre las partes, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de su cargo en cuenta.

»3º.- Con carácter también subsidiario, que se declare la nulidad del clausulado relativo al vencimiento anticipado incluido en el contrato de "IRS" precitado, para teniendo por instada la resolución del contrato, desde que se solicitó la misma formalmente en fecha 15 de junio de 2011, acuerde la misma, teniendo que devolver el banco todos los cargos realizados desde esa fecha con sus intereses legales correspondientes o, subsidiariamente, desde el día de interposición de la demanda, sin que tenga que abonar el cliente cantidad alguna al banco por la resolución o cancelación, cualquiera que sea el concepto, al no venir especificado en



el contrato. Declarándose así mismo indebidas e inexigibles, las liquidaciones del contrato que la entidad demandada efectúe con posterioridad a ser interpuesta la demanda.

»4º- Con carácter alternativo de los pedimentos anteriores, y para el solo supuesto que no se estime la nulidad invocada, declare la resolución del Contrato de Permuta Financiera "IRS" de Banco Andalucía, objeto de este procedimiento, por incumplimiento del precitado banco, desde la fecha de 15 de junio de 2011, en la que se instó formalmente la resolución extrajudicial que no fue aceptada por el Banco Andalucía, hoy Grupo Popular, teniendo que devolver el banco todos los cargos realizados desde esa fecha con sus intereses legales correspondientes o, subsidiariamente, desde el día de interposición de la demanda, sin que tenga que abonar el cliente cantidad alguna al banco por la resolución, al no venir especificada en el contrato. Declarándose así mismo indebidas e inexigibles, las liquidaciones del contrato que la entidad demandada efectúe con posterioridad a ser interpuesta la demanda.

»5º.- Subsidiariamente también, a la no estimación por ese Tribunal de la declaración de nulidad del contrato "IRS", declare el incumplimiento contractual del Contrato de Permuta Financiera "IRS" por parte de Banco Andalucía y, en consecuencia, condene al banco al pago a mi mandante de los perjuicios económicos causados hasta la fecha de interposición de esta demanda, valorados hasta hoy en veinte mil ciento treinta y cinco euros con ochenta y tres céntimos (20.135,83 ?), por sumatorio de los cargos producidos hasta hoy en la cuenta de la empresa actora con base en el contrato de permuta financiera firmado, más los posibles cargos y liquidaciones negativas que pudieran generarse y producirse a parte de ahora hasta la resolución judicial que ponga fin al procedimiento más intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda sobre esos importes.

»6º.- Condene, en todo caso, a Banco Andalucía, hoy Grupo Popular, a la satisfacción de las costas causadas o que se causen en este proceso».

**2.-** El procurador Jaime González Linares, en representación de la entidad Banco Popular Español S.A. (actualmente Banco Popular), contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

«por la que se desestimen íntegramente los pedimentos contenidos en el escrito de demanda, absolviendo a mi mandante, con expresa imposición de costas a la parte actora».

**3.-** El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Huelva dictó sentencia con fecha 10 de julio de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Estimo la demanda interpuesta por el procurador D<sup>a</sup>. Carmen García Aznar en nombre y representación de D. Blas , frente a Banco Popular Español y declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de tipo de interés, firmado el 28/04/2008 entre Banco de Andalucía S.A. hoy Banco Popular Español y D. Blas por vicio invalidante en la prestación del consentimiento por parte de D. Blas y condeno a Banco Popular Español al reintegro a D. Blas de la cantidad que resulte de la restitución recíproca de los pagos efectuados entre las partes derivados del contrato, cantidad incrementada con los intereses legales y moratorios.

»Se imponen las costas del presente procedimiento a la parte demandada».

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*

**1.-** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Banco Popular Español, S.A.

**2.-** La resolución de este recurso correspondió a la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Huelva, mediante Sentencia 17 de diciembre de 2012 , cuya resolución es como sigue:

«Fallo: Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de Banco Popular Español S.A., contra la sentencia dictada por la ltma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Huelva en procedimiento ordinario 1156/11 revocamos en parte dicha sentencia, declarando:

»1/ Válido y eficaz el contrato de permuta financiera que ligaba Banco Popular Español S.A. y D. Blas , relación unilateralmente resuelta por el demandante, conforme al contenido del contrato, en junio de 2011.

»2/ Que la cláusula contractual de cálculo de coste de cancelación es nula, integrándose en el convenio y sustituyéndose por el Tribunal por los criterios y valores que se consignan en el fundamento de derecho tercero de esta sentencia.

»No procede efectuar especial pronunciamiento en relación con las costas habidas en ninguna de las dos instancias».

#### **TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- La procuradora María del Carmen García Aznar, en representación de Blas , interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2ª.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción de los arts. 60.1 de la Ley General de Defensa de los **Consumidores** y Usuarios ; arts. 78.bis.1 , 79 y 79 bis, puntos 1 a 6 de la Ley de Mercado de Valores tras la reforma de la Ley 47/2007; arts. 60.1.b-c-d y 60.5 , 61.1 , 62.1 y 2 , 64.1 y 2 , 66.a del RD 217/2008 ; en relación con el art. 6.3 del Código Civil .

»2º) Infracción de los arts. 60.1 de la Ley General de Defensa de los **Consumidores** y Usuarios ; arts. 78.bis.1 , 79 y 79 bis, puntos 1 a 6 de la Ley de Mercado de Valores tras la reforma de la Ley 47/2007; arts. 60.1.b-c-d y 60.5 , 61.1 , 62.1 y 2 , 64.1 y 2 , 66.a del RD 217/2008 ; en relación con el art. 6.3 del Código Civil .

»3º) Alega la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

»4º) Infracción del art. 1288 del Código Civil ».

2.- Por diligencia de ordenación de 11 de febrero de 2013, la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3.- Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente Blas , representado por el procurador Luciano Rosch Nadal; y como parte recurrida la entidad Banco Popular Español, S.A., representada por la procuradora María José Bueno Ramírez.

4.- Esta Sala dictó Auto de fecha 16 de diciembre de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Blas contra la sentencia dictada, el 17 de diciembre de 2012, por la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 2ª), en el rollo de apelación nº 285/2012 , dimanante del juicio ordinario nº 1156/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Huelva».

5.- Dado traslado, la representación de la entidad Banco Popular Español, S.A. presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 11 de mayo de 2016, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 28 de abril de 2008, Blas concertó con Banco de Andalucía, S.A. (en la actualidad, Banco Popular Español, S.A.) un préstamo personal de 300.000 euros, cuya duración se extendía del 21 de abril de 2008 al 30 de abril de 2013. El tipo de interés pactado era variable. Para cubrir la contingencia de la subida de los tipos de interés, ese mismo día las partes contrataron un swap, una permuta financiera de tipos de intereses (IRS), en el que el notional era 300.000 euros y su duración iba del 24 de abril de 2009 hasta el 29 de abril de 2013.

Las liquidaciones pactadas eran anuales. Las de los dos primeros años fueron negativas para el cliente en 20.153,83 euros.

El Sr. Blas , a la vista de estas liquidaciones, interesó la cancelación anticipada, y el banco le advirtió que en ese momento (junio de 2011) el coste de la cancelación sería aproximadamente de 30.000 euros.

2. El Sr. Blas presentó una demanda en la que acumuló de forma subsidiaria una pluralidad de acciones.

Con la primera acción pretendía la nulidad de pleno derecho del contrato de permuta financiera de 28 de abril de 2008, por ausencia de los requisitos del art. 1261 CC y/o por infracción de la normativa imperativa de aplicación al caso ( art. 6.3 CC ).

Para el caso en que se desestimara esta acción, la demanda pedía en segundo lugar que se declarara la nulidad de este contrato por error vicio en el consentimiento, con el efecto consiguiente de la recíproca restitución de las prestaciones entre las partes, más los intereses legales desde la fecha de los diferentes cargos a cuenta.

En tercer lugar, para el caso en que se desestimaran las dos acciones anteriores, la demanda pedía la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado incluida en el contrato de swap, y que se procediera a la resolución



del contrato desde la fecha en que fue solicitada, el 15 de junio de 2011, sin que se aplique ningún coste y con la obligación del banco de devolver todos los cargos posteriores.

Con carácter alternativo a los pedimentos anteriores, la demanda pedía la resolución del contrato de permuta financiera por incumplimiento contractual del banco, desde la fecha de 15 de junio de 2011, en que se instó extrajudicialmente la resolución del contrato, así como la condena al banco a pagar los daños y perjuicios valorados en 20.135,83 euros.

3. La sentencia dictada en primera instancia expresamente desestimó la acción de nulidad absoluta del contrato de permuta financiera. Después, entró a analizar la segunda acción, ejercitada de forma subsidiaria a la anterior, de error vicio y la estimó.

En síntesis, el juzgado de primera instancia razonó que el banco ofreció al cliente un contrato especulativo, complejo, sin proporcionarle la información suficiente sobre las consecuencias del mismo. Y concluyó que se cumplían los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que pudiera apreciarse la nulidad del contrato por error vicio del consentimiento. Consiguientemente, además de declarar la nulidad por error vicio en el consentimiento, el juzgado ordenó la restitución recíproca de las prestaciones.

4. Recurrida la sentencia de primera instancia por el banco demandado, la Audiencia estima en parte el recurso. La sentencia de apelación entiende que no existió error vicio, pues el contrato concertado «es de los contratos de este tipo más sencillos en su funcionamiento». Y advierte que la redacción del contrato «no resulta oscura, ni susceptible de inducir al cliente a error, ni tampoco impone condiciones contractualmente que puedan considerarse oscuras. Antes al contrario se trata de un pacto simple, perfectamente comprensible y sin imposiciones contrarias a la Ley. Ello se infiere llanamente del tenor literal de su clausulado, pero resulta especialmente predicable en cuanto a claridad y asequibilidad de la base de cálculo, ponderando las circunstancias personales del Sr. Blas ».

Sin embargo, la Audiencia estima en parte otra acción subsidiaria y entiende oscura la cláusula que prevé el coste de la cancelación anticipada, en cuanto que se limita a afirmar lo siguiente:

«en los supuestos de cancelación anticipada, el cliente pagará o recibirá la cantidad que resulte de la liquidación anticipada final de la permuta financiera».

El tribunal de apelación razona que la oscuridad de esta cláusula le permite moderar su impacto. Entiende que el cliente ejercitó correctamente la resolución anticipada el 15 de junio de 2011 y, aunque entonces pedía algo a lo que no tenía derecho (la retrocesión de las liquidaciones negativas que había tenido hasta entonces, 20.135,83 euros), el banco debía haber distinguido y accedido sólo a la cancelación. La Audiencia por ello estima la cancelación y fija de forma estimativa el coste de cancelación en 12.000 euros.

5. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación únicamente por Blas , sobre la base de cuatro motivos, que en realidad son tres, pues el tercero no es propiamente un motivo, sino una justificación del interés casacional.

## **SEGUNDO.- Recurso de casación**

1. *Formulación del motivo primero* . El motivo guarda relación con la primera pretensión ejercitada en la demanda, de nulidad de pleno derecho del contrato de permuta financiera. En concreto, se denuncia la infracción de: el art. 60.1 LGCU, en cuanto a la obligación de información previa al contrato; el art. 78 bis 1 LMV, respecto de la obligación de clasificación del cliente; el art. 79 LMV, en cuanto a la obligación de diligencia y transparencia; el art. 79 bis 1 a 6 LMV, respecto de los deberes de información y de recabar los test de conveniencia e idoneidad; y los arts. 60.1 y 5 , 61.1 , 62.1 y 2 , 64.1 y 2 , y 66 del RD 217/2008 . Todo ello en relación con el art. 6.3 CC , en cuanto que, como los reseñados deberes legales de diligencia, transparencia e información de la entidad de crédito vienen impuestos por una norma imperativa, su contravención debe dar lugar a la nulidad de los actos y contratos afectados.

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

2. *Desestimación del motivo primero* . Como muy bien razona el banco en su oposición al recurso, el motivo se refiere a una cuestión que quedó juzgada en primera instancia, en la medida en que la sentencia expresamente desestimó la primera acción, de nulidad de pleno derecho por infracción de normas imperativas ( art. 6.3 CC ), sin que dicho pronunciamiento hubiera resultado impugnado por la parte a quien perjudicaba, el demandante.

Por ello, como la sentencia estimó la segunda acción, de nulidad por error vicio, ejercitada de forma subsidiaria para el caso de desestimación de la primera, la Audiencia, al estimar la apelación respecto de esta segunda acción y entender que no había error vicio, entró a examinar el resto de las pretensiones subsidiarias.



De este modo, la Audiencia no se pronunció sobre la nulidad de pleno derecho, como consecuencia de la denunciada infracción de los deberes de información, que era la acción primera y principal, porque su desestimación en primera instancia había devenido firme, y estaba fuera de controversia en la apelación. Consiguientemente, al estimar en parte la Audiencia el recurso de apelación y dejar sin efecto la declaración de nulidad por error vicio, el demandante no puede fundar su recurso de casación en la infracción de los preceptos que fundaban aquella primera acción.

**3. Formulación del motivo segundo** . En síntesis, el motivo denuncia la infracción de las normas que regulan los deberes de información, introducidos por la normativa MiFID (tanto el art. 79 bis LMV como su desarrollo por el RD 217/2008 ), en función de la complejidad del producto y el perfil del cliente, cuya omisión provoca la nulidad del contrato por error vicio en el consentimiento por error esencial y excusable del cliente al contratar.

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

**4. Estimación del motivo segundo** . La permuta financiera de tipos de intereses cuya nulidad se pretendía en la demanda, basada en el error vicio en su contratación, que puede considerarse un tipo de swap, es un producto complejo afectado en su comercialización por la normativa MiFID.

En efecto, al tiempo en que fue contratado, el 28 de abril de 2008, regían unos especiales deberes de información y asesoramiento sobre la entidad financiera, contenidos en el art. 79 bis LMV y en el RD 217/2008, de 15 de febrero , sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión.

El alcance de esta normativa, en relación con el error vicio, fue expuesto en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , que reiteramos en los siguientes fundamentos jurídicos.

**5. Información sobre los instrumentos financieros** . El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2). 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).

El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero , regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe «proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional». Y aclara que esta descripción debe «incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas».

Y en su apartado 2, concreta:

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

»a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.

»b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.

»c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.

»d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento».

**6. El deber de información y el error vicio** . Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

El error, que conforme a lo expuesto debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales



instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir «orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos», muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

7. En el presente caso, como en el que fue objeto de enjuiciamiento en la citada sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, el error se aprecia claramente, en la medida en que no ha quedado probado que el cliente, que no es inversor profesional, recibiera esta información clara y completa sobre los concretos riesgos. En particular, sobre el coste real para el cliente si bajaba el Euribor por debajo del tipo fijo de referencia en cada fase del contrato. La acreditación del cumplimiento de estos deberes de información pesaba sobre el banco. Y, también en este caso, fue al recibir las liquidaciones negativas, tras la bajada drástica de los intereses en 2009, cuando el cliente pasó a ser consciente del riesgo real asociado al producto contratado.

La sentencia recurrida funda su desestimación de la acción de nulidad por error vicio en que la cláusula del contrato que describe la operatividad del swap era clara, perfectamente comprensible por sí misma y sin imposiciones contrarias a la Ley. En realidad, la Audiencia razona que el contrato cumplía con las exigencias contenidas en el apartado 2 del art. 79 bis LMV, pero no justifica el cumplimiento de las exigencias específicas del apartado 3 de este precepto. Ni consta que hubiera existido una información precontractual suficiente para que el cliente pudiera conocer las características del producto y los concretos riesgos que asumía, ni tampoco que, a pesar de esta falta de información, no hubiera habido error en atención a la experiencia y conocimiento del inversor en la contratación de estos productos. Como veremos a continuación, la mera claridad y comprensibilidad de las cláusulas contractuales, a través de las cuales se instrumenta la contratación de un producto financiero complejo como es el swap, no es suficiente por sí misma para entender cumplidos los deberes de información previstos en el art. 79 bis 3 LMV e impedir la apreciación del error vicio.

Además, conviene recordar, conforme a la jurisprudencia constante de esta Sala, lo siguiente:

«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 inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo» ( sentencia 560/2015, de 28 de octubre, con cita de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 ).

De este modo, en nuestro caso, debía operar la presunción de error vicio como consecuencia de la falta de acreditación del cumplimiento del deber de prestar una información clara y completa sobre los concretos riesgos que se asumían con la contratación del swap (la gravedad de las liquidaciones negativas en un escenario como el que se dio a partir del año 2009, con la drástica caída de los tipos de interés). Sin que, por otra parte, este deber de información pueda entenderse suplido, en este caso, por la información suministrada en el contrato de swap. En este sentido, frente al principal argumento de la sentencia recurrida de que el cliente debió enterarse de lo que contrataba en atención a que las cláusulas del contrato eran claras y no abusivas, debemos volver a reiterar que esto no basta para que se puedan tener por cumplidos los reseñados deberes de información:

«(l)a mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas» ( sentencia 689/2015, de 16 de diciembre ).

Por último, la apreciación del error o defecto de representación de los verdaderos costes o riesgos asociados al producto contratado, lleva implícito que el cliente, de haberlos conocido, no lo hubiera contratado, esto es, de saber lo que en cada caso tendría que pagar según bajara más o menos el tipo de interés de referencia, no habría contratado el producto.

**8. Consecuencias de la estimación del motivo segundo de casación.** La estimación del motivo segundo de casación hace innecesario analizar los restantes motivos y conlleva que dejemos sin efecto la sentencia recurrida. En su lugar acordamos la desestimación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, que confirmamos.



**TERCERO.- Costas**

1. Estimado el recurso de casación, no hacemos expresa condena de las costas ocasionadas con este recurso ( art. 398.2 LEC ).
2. Desestimado el recurso de apelación, imponemos las costas de la apelación a la parte apelante ( art. 398.1 LEC ).

**FALLO**

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

1º Estimar el recurso de casación formulado por la representación de Blas contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva (sección 2ª) de 17 de diciembre de 2012 (rollo núm. 285/2012 ), que casamos y dejamos sin efecto, sin imponer las costas a ninguna de las partes y con devolución del depósito constituido para recurrir. 2º Desestimar el recurso de apelación formulado por Banco Popular Español, S.A. (antiguo Banco de Andalucía, S.A.) frente a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Huelva de 10 de julio de 2012 (juicio ordinario núm. 1156/2011) de 10 de julio de 2012, con imposición de las costas de la apelación a la parte apelante.

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

Así se acuerda y firma.