



Roj: **STS 3129/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3129**

Id Cendoj: **28079110012019100501**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/10/2019**

Nº de Recurso: **2210/2017**

Nº de Resolución: **524/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 1571/2017,**
STS 3129/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 524/2019

Fecha de sentencia: 08/10/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2210/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/10/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 8

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 2210/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 524/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

D. Jose Luis Seoane Spiegelberg



En Madrid, a 8 de octubre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Hervis Energía, S.L., representada por la procuradora D.ª María del Carmen Caro Gallego, bajo la dirección letrada de D. Jaime Camacho Rubio, contra la sentencia núm. 143/17, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el recurso de apelación núm. 1256/17, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 247/15 del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Sevilla, sobre nulidad de contrato. Ha sido parte recurrida Bankia, S.A., representada por el procurador D. Joaquín Jáñez Ramos y bajo la dirección letrada de D. Jesús Giner Sánchez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª María del Carmen Caro Gallego, en nombre y representación de Hervis Energía, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankia, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] que contenga los siguientes pronunciamientos:

"1º Declare la nulidad del contrato o confirmación de la OPERACION COLLAR suscrito entre las partes.

"2º Declare la nulidad de las liquidaciones que se hubieran producido hasta la fecha como consecuencia del referido contrato y de las que se pudieran producirse como consecuencia de los mismos y que a día de hoy ascienden a un importe de 69.812138 euros y que declare la nulidad de las operaciones financieras y bancarias que se hubieran derivados y se deriven en el futuro.

"3º Condene a BANKIA, en consecuencia, a la devolución de todas las cantidades arriba mencionadas así como de todas las cantidades que pudieran derivarse de liquidaciones futuras, sin perjuicio todo ello de los intereses legales que se hayan generado o puedan generarse en el futuro.

"4º Se declare como no puesta la, cláusula de préstamo que obliga a mis mandantes y cuyo contenido literal dice:

"- A contratar con CAJA MADRID un contrato de cobertura de riesgo de tipo de interés en relación con la presente operación, por importe mínimo de QUINIENTOS CINCUENTA Y UN MIL SEISCIENTOS EUROS (551.000 €).

"5º En caso de no ver atendida la primera petición del suplico se solicita se declare la cancelación de las OPERACIONES COLLAR con fecha 9 de Mayo de 2.012, fecha de intervención de BANKIA y cuya cancelación no pudieron solicitar mandantes por imposibilidad de calcular el importe de liquidación tal y como le exigía el CMOF.

"4º Condene a BANKIA al pago de las costas".

2.- La demanda fue presentada el 3 de febrero de 2015 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Sevilla, se registró con el núm. 247/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Ricardo de la Santa Márquez, en representación de Bankia, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] se sirva dictar Sentencia en la que:

"- Se estimen las excepciones procesales invocadas y se desestime la demanda de contrario con expresa condena en costas a la actora.

"- Entrando en el fondo del asunto, se desestime la demanda con expresa condena en costas a la actora".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza D.ª Sofía Barrera Pardo, del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Sevilla, dictó sentencia de fecha 30 de junio de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

"Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Caro Gallego en nombre y representación de Hervis energía S.L. contra Bankia, con imposición de costas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Hervis Energía, S.L.



2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Sevilla, que lo tramitó con el número de rollo 1256/17 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 30 de marzo de 2017 cuya parte dispositiva dispone:

"Se desestima el recurso interpuesto por la representación de Hervis S.L. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Sevilla con fecha 30/6/17 en el Juicio Ordinario nº 247/15, y se confirma íntegramente la misma sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas en esta alzada".

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

1.- La procuradora D.ª María del Carmen Caro Gallego, en nombre y representación de Hervis Energía, S.L., interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

"[...] por infracción del artículo 1301 del Código Civil , por el cauce previsto en el artículo 477.2.3º de la Ley 1/2000 al presentar el asunto interés casacional dada la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 24 de abril de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Hervis Energía S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 30 de marzo de 2017, por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Octava, en el recurso de apelación n.º 1256/2017 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 247/2015 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de Sevilla.

"2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso.

"Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la secretaría".

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

4.- Por providencia de 16 de septiembre de 2019 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 2 de octubre del presente, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de los hechos* .

1.- La entidad actora Hervis Energía S.L. es una sociedad que se dedica a la explotación de plantas fotovoltaicas, la cual, conjuntamente con otras diecisiete mercantiles, acordaron construir una central eléctrica en el municipio de Aznalcázar (Sevilla), compuesta por otras tantas plantas fotovoltaicas de 10 KW, de las que la actora sería titular de una de ellas.

2.- Para la construcción de dicha planta, la mercantil accionante concertó un préstamo, por importe de 551.600 euros, firmado el 27 de marzo de 2008, siendo la entidad prestamista la demandada Cajamadrid, actualmente Bankia, con la fianza del legal representante de la actora D. Evaristo y de Dª Nuria y como pignorantes, además de éstos últimos, D. Ildefonso , Dª Sofía y Dª Ana María , así como D. Jacinto .

En la cláusula 8ª de dicho contrato se señalaba que, además del cumplimiento de su obligación de reintegro, el cliente y, en su caso, los fiadores se comprometen, mientras no se cancele la presente operación, "a contratar con Caja Madrid un contrato de cobertura de riesgo de tipo de interés en relación con la presente operación por importe mínimo de quinientos cincuenta y un mil seiscientos euros (551.600 €)".

El mismo día se firmó un contrato marco de operaciones financieras (CMOF), así como una cobertura de tipo de interés, bajo la denominación operación collar, con vencimiento el 29 de marzo de 2021, de liquidación semestral, con un suelo de 4,10% y un techo de 5,10%, con una cantidad nominal inicial de 551.600 euros, que se rebajaba a medida de que se fuera amortizando el préstamo. La entidad demandante fue calificada por el Banco como minorista.

La demandada sometió al legal representante de la actora a un test de conveniencia de "derivados de collar y caps no cotizados en mercados organizados", que arrojó el resultado de "[...] no conveniente para usted. En



consecuencia, si decide continuar con la contratación del producto deberá usted asumir en todo caso el riesgo y el resultado de la operación, eximiendo a Caja Madrid de cualquier responsabilidad derivada de los posibles perjuicios que se pudieran ocasionar".

3.- La firma de dicha cobertura supuso a la actora, a la fecha de interposición de la demanda, una sola liquidación positiva semestral, concretamente la primera de ellas, por 1053,19 euros, y las 11 siguientes resultaron negativas, siendo la más liviana por importe de 4671,57 euros, de manera tal que, a 29 de septiembre de 2014, el saldo del swap fue negativo para la mercantil demandante en la suma 69.812,38 euros.

4.- Bajo dichos condicionantes fácticos Hervis Energía S.L. presentó demanda, que fue registrada en el decanato el 4 de febrero de 2015, de la que conoció el Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Sevilla, postulando la nulidad del contrato o confirmación de la operación collar suscrito entre las partes, con devolución de las cantidades percibidas y que pudieran derivarse de liquidaciones futuras, sin perjuicio de los intereses que se hayan generado o puedan generarse, así como que se declare como no puesta la cláusula del préstamo que obliga a la actora "a contratar con Caja Madrid un contrato de cobertura de riesgo de tipo de interés en relación con la presente operación, por importe mínimo de quinientos cincuenta y un mil seiscientos euros (551.600 €)", y, en caso de no ser atendida dicha petición, se solicitó se declarase la cancelación de las operaciones collar con fecha 9 de mayo de 2012, fecha de la intervención de BANKIA y cuya cancelación no pudo solicitar la demandante por imposibilidad de calcular el importe de liquidación tal y como exigía CMOF; todo ello al amparo de los arts. 1265 y siguientes del Código Civil, relativos a los vicios del consentimiento, vulneración de los arts. 78 y siguientes de la Ley de Mercado de Valores, Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación y Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.

5.- La precitada demanda dio lugar a la sentencia de 30 de junio de 2016, dictada por el referido órgano jurisdiccional, que rechazó la excepción de caducidad esgrimida por la demandada, y, entrando en el fondo del litigio, desestimó la demanda.

Para ello, la resolución de instancia se fundamentó en la testifical del Sr. Luis, legal representante de una de las otras empresas dedicadas a la instalación de las plantas fotovoltaicas, ingeniero de minas y coordinador de todo el proyecto, que señaló:

"[...] que hubo poco tiempo para negociar, ya que había prisa para poder acogerse a las subvenciones, que lo que querían los socios eran financiación y que hablaron con el BBVA también y que lo que negociaban era el plazo de devolución y el tipo de interés, que no conocía previamente el swap y que no le informaron cómo se podía salir previamente del swap o cuanto le costaría y que la bajada de los tipos de interés no le ha afectado, porque o pagan intereses o pagan por el swap, por lo que les da lo mismo".

Igualmente se fundamentó la sentencia de instancia, en la testifical del Sr. Mateo, comercial de la demandada, quien manifestó, por su parte, que la entidad actora fue calificada de minorista, que se le hizo el test de conveniencia y que resultó negativo, pese a la cual se firmó el collar. Añadió que la contratación del swap era una más de las condiciones para concertar el préstamo, y, tanto el Sr. Luis como el Sr. Evaristo conocían el funcionamiento del producto financiero litigioso que, en ningún momento, éste último manifestó lo contrario. Afirmó también, a lo largo de su interrogatorio, que, al dar información sobre el swap, se hacen simulaciones, así como que el desplome del euríbor no era previsible. Por último, con respecto al coste de cancelación, que no se puede informar, porque depende de la fluctuación y ésta es variable.

Con dichos argumentos consideró la sentencia apelada que la información ofrecida por la entidad financiera fue suficiente para que la actora pudiera comprender lo que contrataba, lo que significaba dicho producto y qué beneficios y riesgos asumía.

6.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte actora, que fue desestimado por sentencia de 30 de marzo de 2017, dictada por la sección 8ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, que apreció la caducidad de la acción, por entender que, desde la primera liquidación negativa de intereses, el 28 de septiembre de 2009, la parte demandante conocía la operativa comercial del producto y sus efectos nocivos, por lo que transcurrieron más de cuatro años hasta el 3 de febrero de 2015, en que se interpuso la demanda, todo ello en aplicación del art. 1301 del CC, que es apreciable de oficio.

SEGUNDO.- *Recurso de casación.*

El recurso se fundamentó por interés casacional, al amparo de lo dispuesto en el número 3º del apartado 2 del artículo 477 de la LEC 1/2000, denunciando la violación del art. 1301 del Código Civil, y existir al respecto jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, solicitando que se casara la sentencia de la Audiencia y entrando en el fondo del asunto (art. 487.3º de la LEC) se estimara la demanda. La entidad demandada igualmente solicitó que, en el caso de que se estimara el recurso de casación, este Tribunal



asumiese la instancia, citando para ello la STS 79/2019, de 7 de febrero , y, al hacerlo así, desestimara la acción nulidad deducida por la mercantil actora.

Estimación del recurso de casación.

Es necesario tener en cuenta que el art. 1301, apartado IV, del CC fija el inicio del plazo o *dies a quo* para el ejercicio de la acción de anulabilidad por vicios del consentimiento "desde la consumación del contrato". En definitiva, se parte de la base de que cuando se consuma la relación contractual se conocen las cualidades de la cosa, que constituye su objeto, y las consecuencias derivadas de las prestaciones convencionales. O dicho de otro modo, el despliegue del contrato a través de su consumación permite el conocimiento de su contenido y reconocer o desvelar el error o dolo sufrido. Es necesario tener en cuenta también que no podemos confundir el perfeccionamiento del contrato con su consumación, al tratarse de realidades jurídicas distintas.

En este sentido, se ha manifestado la sentencia del Pleno de Sala 1ª 769/2014, de 12 de enero de 2015 , expresamente citada, entre otras, por la STS 376/2015, de 7 de julio , en la que se insistió en que:

"No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil , con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio , que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce "la realización de todas las obligaciones" (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897 , 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), "cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes" (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando "se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó" (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983)".

Esta Sala tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el plazo de ejercicio de la acción de nulidad de los contratos de swap por vicios del consentimiento, para descartar el criterio empleado por la sentencia de la Audiencia, según el cual tal *dies a quo* debería computarse a partir del momento en que el cliente tuviera constancia de la primera liquidación negativa, para sostener, por el contrario, que el día inicial nace a partir del momento del agotamiento o extinción de la relación contractual, lo que así se estableció en la sentencia de pleno 89/2018, de 19 de febrero , en la que se declaró al respecto:

"Mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de nulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.

"De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC , que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr "desde la consumación del contrato".

"3.- A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato.

"En el contrato de swap el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento (respecto del cual, como sentó la sentencia 339/2016, de 24 de mayo , ese momento tiene lugar cuando el arrendador cede la cosa en condiciones de uso o goce pacífico, pues desde ese momento nace su obligación de devolver la finca al concluir el arriendo tal y como la recibió y es responsable de su deterioro o pérdida, del mismo modo que el arrendador queda obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por el tiempo del contrato).

"En los contratos de swaps o "cobertura de hipoteca" no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. Ello en atención a que en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés".

La precitada doctrina es reiterada por las SSTS 720 y 722/2018, de 19 de diciembre ; 3/2019, de 8 de enero ; 108/2019, de 19 de febrero ; 162/2019, de 14 de marzo ; 238/2019, de 24 de abril ; 288 y 290/2019, de 23 de mayo ; 343/2019, de 13 de junio ; 346 y 347 2019 , de 21 de junio; 369/2019, de 27 de junio , entre otras, constituyendo una pacífica doctrina legal, que procede aplicar para la resolución de este motivo de casación.

En definitiva, como dice la STS 343/2019, de 13 de junio :



"De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC , que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr "desde la consumación del contrato".

Por consiguiente, venciendo el plazo del *swap* en el año 2021, e interpuesta la demanda en febrero de 2015, los cuatros años de ejercicio de la acción (art. 1301 CC) no han transcurrido, por lo que el recurso ha de ser estimado.

TERCERO.- Sentencia de casación.

Como consecuencia de la estimación del recurso de casación este tribunal asume la instancia para resolver el litigio (art. 487.2.3º de la LEC), a los efectos de apreciar si la información ofrecida al cliente aseguraba o no una prestación del consentimiento por parte del mismo con los requisitos legalmente exigibles, y si, en su caso, se puede apreciar la existencia de un error invalidante del contrato litigioso suscrito, lo que es ajeno al marco revisor del recurso extraordinario por infracción procesal, correspondiendo a la valoración jurídica propia del recurso de casación (SSTS 77/2014, de 3 de marzo ; 613/2015, de 10 de noviembre y 154/2016, de 11 de marzo).

3.1.- Consideraciones previas.

En consecuencia, descartado que quepa una acción de nulidad de pleno derecho por violación del deber de información impuesto por la normativa MiFID (SSTS 716/2014, de 15 de diciembre ; 380/2016, de 3 de junio ; 106/2017, de 17 de febrero ; 349/2017, de 1 de junio ; 364/2017, de 8 de junio , entre otras), abordaremos la anulabilidad del contrato por la concurrencia de vicios del consentimiento de los arts. 1265 y siguientes del CC , concretamente por error en la formación de la voluntad contractual (art. 1266 CC).

A tales efectos hemos de partir de las consideraciones siguientes:

1) Los *swaps* son contratos sinalagmáticos, aleatorios, atípicos, complejos y de carácter financiero que, por las características y riesgos que engendran en la economía de los contratantes, y dada la asimetría convencional existente entre el adquirente de tales productos y las entidades bancarias que los comercializan, deben de ser objeto de una información relevante y completa para formar una voluntad convencional consciente y libre.

Es precisamente en tales situaciones para las cuales tanto el Legislador comunitario como el nacional, en atención a principios de transparencia en el mercado y protección de la parte más débil, exigen que los contratantes alcancen ese especial conocimiento de las obligaciones y riesgos que asumen. Precisamente a esta asimetría informativa, que impone a las sociedades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada, se refiere una constante jurisprudencia de la que es expresión entre las más recientes la STS 6/2019, de 10 de enero .

La Ley 47/2007, de 19 de noviembre, por la que se modificó la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores (LMV), llevó a efecto la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas, la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa "MiFID" (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés *Markets in Financial Instruments Directive*), que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión. Esta incorporación de MiFID supuso una modificación sustancial de la LMV y su normativa de desarrollo, en particular el nuevo artículo 79 bis. 3 LMV (actualmente arts. 210 y siguientes del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre).

No obstante, ya la legislación anterior a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, como resultaba de la normativa pre-MiFID (art. 79 LMV y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo).

Pues bien, en el presente caso, el contrato objeto del proceso estaba sometido a la normativa MiFID, al haberse celebrado el 27 de marzo de 2008. Las SSTS 385/2014, de 7 de julio y 110/2015, de 26 de febrero , proclaman, al respecto, que:

"[...] la disposición transitoria primera de la Ley 47/2007 estableció que las entidades que prestaran servicios de inversión deberían adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esa ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la misma, lo que tuvo lugar, según su disposición final sexta, el día siguiente a su publicación en el BOE, esto es el 21 de diciembre de 2007. No se contempla en esa norma -tampoco en el RD 217/2008 , que entró en vigor el 17 de febrero de 2008- la suspensión de su entrada en vigor durante los seis meses que se



conceden a las entidades financieras para su adaptación interna a la nueva normativa, ni excusa a estas de su inmediata observancia (STS de 7 de julio de 2014, rec. 1520/2012)".

En cualquier caso, según la STS 32/2016, de 4 de febrero :

"Tanto antes como después de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía". De igual forma, se pronuncia la STS 562/2016, de 23 de septiembre .

En consecuencia, en esta clase de acciones de anulabilidad contractual por vicios de consentimiento, la excusabilidad del error habrá de ser apreciada, ponderando la posición prevalente de quien cuenta con la información para ofertar tales productos contractuales en el tráfico jurídico en general, frente a quien carece de tales conocimientos, ocupando una posición subordinada o debilitada, que le hace merecedor a una indiscutible protección jurídica.

En el contexto señalado, la concurrencia de dicho requisito del error se encuentra anudada al comportamiento contractual de la contraparte, lo que puede dar lugar a estas tres situaciones, en las que cabe calificar dicho vicio de consentimiento como disculpable, y, por lo tanto, no imputable a quien lo padeció: primera, cuando el error es provocado por hecho propio del otro contratante o por la concurrencia de dolo por su parte; segunda, cuando quien no actuó con tal vicio del consentimiento conocía o pudo fácilmente conocer que el otro contratante actuaba equivocadamente, en cuyo caso el comportamiento exigido requiere rescatarle de la situación en que se encontraba, conforme a elementales deberes de buena fe (art. 1258 del CC); o tercera, cuando estaba legalmente obligada a suministrarle determinada información y no lo hace o se la presta de forma inadecuada, al margen de las exigencias requeridas, provocando con ello el error en la otra parte contratante.

Es verdad que la STS de 17 de febrero de 2014 , tras destacar la importancia que una adecuada información del inversor tiene para una correcta formación de la voluntad de quien contrata con el prestador de los servicios de inversión, proclama que:

"[...] lo que no cabe es considerar que el error vicio constituye una consecuencia ineluctable de la inexistencia o deficiencia de la información, puesto que puede haber padecido error quien hubiera sido informado -otra cosa es que sea excusable - y, por el contrario, que no lo haya sufrido quien no lo fue".

Ahora bien, la STS del Pleno de la Sala 1ª de 20 de enero de 2014 , tras insistir en que "el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio", continúa razonando que "[...] 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", para añadir más adelante:

"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".

2.- En las SSTS 535/2015, de 15 de octubre ; 549/2015, de 22 de octubre ; 668/2015, de 4 de diciembre , cuya doctrina se ratifica en la STS 154/2016, de 11 de marzo , se precisa por nuestro más Alto Tribunal, cuáles son los deberes de información imparcial, que la normativa sectorial (también la anterior a la transposición de la Directiva MiFID), impone a las entidades comercializadoras de los *swaps* , cuya intensidad es proporcional a la capacidad del cliente para tomar constancia de sus características y riesgos típicos, lo que hace en los términos siguientes:

"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.

"Asimismo, debe informar si hay desequilibrio en la posición económica de las partes en el contrato, por establecerse limitaciones para las cantidades a abonar por el banco si el tipo de interés de referencia sube y tales limitaciones no existen para las cantidades a abonar por el cliente si el tipo baja. La empresa de inversión debe informar en términos claros, a la vista de la complejidad del producto, si existe dicho desequilibrio y sus consecuencias, puesto que constituyen un factor fundamental para que el cliente pueda comprender y calibrar los riesgos del negocio.

"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 nocional y de la envergadura de la sociedad que contrató el swap. Y también debe informar con claridad de lo relativo a la posibilidad de cancelación anticipada del swap y, en tal caso, qué coste puede tener para el cliente".

3.- Se ha declarado igualmente por esta Sala que la carga de la prueba sobre la información dispensada corresponde acreditarla a la entidad financiera, y ello por sendas razones, porque al tratarse de una obligación legal incumbe al obligado la prueba de su cumplimiento, y por el juego del principio de facilidad probatoria, puesto que es el banco quien tiene en su mano acreditar que dicha información fue efectivamente suministrada (SSTS 668/2015, de 4 de diciembre ; 60/2016, de 12 de febrero y 690/2016, de 23 de noviembre , entre otras muchas). Así como que la divergencia de declaraciones del actor, por un lado, y los empleados de la entidad, por otro, no puede prevalecer la de estos últimos si no va acompañada de prueba documental que acredite que se proporcionó información precontractual, ni que se presentaran varios escenarios sobre posibles evoluciones de los tipos o sobre sus consecuencias en caso de cancelación (STS 690/2016, de 23 de noviembre).

4.- Este deber de información constituye una obligación activa y no de mera disponibilidad. No corresponde, por lo tanto, a los clientes bancarios, que no son profesionales del mercado financiero y de inversión, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en la materia, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas, pues quienes carecen de dichos conocimientos expertos en el mercado de valores difícilmente pueden tomar constancia de qué concretos datos han de requerir al profesional para evaluar el producto, que se les oferta, y formar un consentimiento consciente y libre. En este sentido, SSTS 769/2014, de 12 de enero de 2015 ; 676/2015, de 30 de noviembre ; 690/2016, de 23 de noviembre y 334/2019, de 10 de junio .

5.- En cuanto al aviso genérico sobre la existencia de riesgos, dijimos en la sentencia 195/2016, de 29 de marzo , que no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato de *swap* , la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y se requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de su naturaleza, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente, como son los que se concretaron posteriormente en las elevadas liquidaciones negativas practicadas, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (SSTS 689/2015, de 16 de diciembre ; 31/2016, de 4 de febrero , 6/2019, de 10 de enero y 334/2019, de 10 de junio).

6.- Hemos declarado igualmente la ineficacia de las menciones predisuestas, que no consisten en declaraciones de voluntad sino de conocimiento o fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas preparadas por el profesional vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos (SSTS 11/2017 de 13 de enero ; 335/2017, de 25 de mayo y 210/2019, de 5 de abril).

7.- Tampoco basta una mera ilustración sobre lo obvio; es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés (SSTS 689/2015, de 16 de diciembre ; 31/2016, de 4 de febrero ; 195/2016, de 29 de marzo ; 690/2016, de 23 de noviembre ; 6/2019, de 10 de enero y 334/2019, de 10 de junio). Como afirmamos en la sentencia núm. 692/2015, de 10 de diciembre :

"El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo no 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. Tal información no se suministra con una simple advertencia en el condicionado general del contrato presentado a la firma [...]".

8.- La omisión de información precontractual sobre el coste de cancelación anticipada (elemento esencial a efectos de la calificación del error como invalidante) no es paliada por la mera referencia documental a que en la cancelación anticipada "el cliente pagará o recibirá la cantidad que resulte de la liquidación anticipada de la permuta financiera", ya que se ha venido considerando por esta sala como insuficiente (SSTS 179/2017, de 13 de marzo ; 204/2017, de 30 de marzo ; 211/2017, de 31 de marzo ; 223/2017, de 5 de abril ; 244/2017, de 20 de abril y 334/2019, de 10 de junio).

9.- La formación del contratante necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto de inversión complejo, como son los *swaps*, 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 complejos (SSTS, 549/2015, de 22 de octubre , 676/2015, de 30 de noviembre ; 579/2016, de 30 de septiembre o 378/2019, de 1 de julio); por ello, como afirma la STS 579/2016, de 30 de septiembre , el hecho de que la cliente sea una sociedad mercantil y que el administrador tenga cargos en otras sociedades, no supone necesariamente el carácter experto del cliente.

Como tampoco el hecho de tratarse de empresas con un cierto volumen de negocios y antigüedad en el mercado supone que sus responsables ostenten conocimientos especializados en este tipo de productos financieros complejos y de riesgo, como sucede con empresas que desarrollan su actividad en un sector ajeno al financiero y de inversión (SSTS 11/2017, de 13 de enero ; 6 de abril de 2017 , 664/2018, de 22 de noviembre), ni por la circunstancia de ser el demandante "habitual suscriptor de diversas modalidades de contratación bancaria, como productos financieros, fondos de inversión y seguros" (STS 334/2019, de 10 de junio).

De igual forma, se ha declarado también que la previa celebración de contratos de *swap* no implica que los clientes conocieran sus riesgos, sino precisamente lo contrario, puesto que, por ignorar a lo que se estaban exponiendo, seguían firmando contratos sin noción real del alcance de sus riesgos patrimoniales (SSTS 7/2017, de 12 de enero y 334/2019, de 10 de junio).

10.- No cabe imputar falta de diligencia al administrador, pues, según dijimos en las sentencias núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015 , 676/2015, de 30 de noviembre , o 664/2018, de 22 de noviembre , es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación, activa y no de mera disponibilidad, de facilitar la información requerida la formación de una consciente voluntad contractual.

11.- Con respecto a la confirmación del contrato, se sostuvo en las SSTS 668/2015, de 4 de diciembre , 19/2016, de 3 de febrero ; 154/2016, de 11 de marzo ; 503/2016, de 19 de julio ; 691/2016, de 23 de noviembre ; 107/2017, de 17 de febrero ; o más recientemente 346/2019, de 21 de junio "[...] como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni la tardanza en reclamar, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria". En la STS 109/2019, de 19 de febrero , se consideró que no son actos propios de confirmación del contrato anulable la cancelación anticipada con suscripción de un préstamo hipotecario para hacer frente a la deuda generada por el producto.

12.- La apreciación del error es de naturaleza casuística, ponderando las circunstancias concurrentes en cada supuesto sometido a análisis por los tribunales, y de esta forma en sentencias de esta Sala se consideró acreditado que el demandante conocía las características y riesgos del producto contratado, rechazando que se encontrase en una situación de error, véase por ejemplo las SSTS 368/2017, de 8 de junio ; 98/2019, de 14 de febrero ; 121/2019, de 26 de febrero ; 290/2019, de 23 de mayo ; 356/2019, de 25 de junio etc.

13.- Son ya múltiples las sentencias de esta Sala, que conforman una jurisprudencia reiterada y constante, las que consideran que un incumplimiento de la normativa expuesta, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de *swap*, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo (SSTS del Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 ; 384 y 385 de 2014, ambas de 7 de julio ; 387/2014, de 8 de julio ; 458/2014, de 8 de septiembre ; 460/2014, de 10 de septiembre ; 110/2015, de 26 de febrero ; 563/2015, de 15 de octubre ; 547/2015, de 20 de octubre ; 562/2015, de 27 de octubre ; 595/2015, de 30 de octubre ; 588/2015, de 10 de noviembre ; 623/2015, de 24 de noviembre ; 675/2015, de 25 de noviembre ; 631/2015, de 26 de noviembre ; 676/2015, de 30 de noviembre ; 670/2015, de 9 de diciembre ; 691/2015, de 10 de diciembre ; 692/2015, de 10 de diciembre ; 741/2015, de 17 de diciembre ; 742/2015, de 18 de diciembre ; 747/2015, de 29 de diciembre ; 32/2016, de



4 de febrero ; 63/2016, de 12 de febrero ; 195/2016, de 29 de marzo ; 235/2016, de 8 de abril ; 310/2016, de 11 de mayo ; 510/2016, de 20 de julio ; 580/2016, de 30 de julio ; 595/2016, de 5 de octubre ; 690/2016, de 23 de noviembre ; 727/2016, de 19 de diciembre , más recientemente 426/2019, de 16 de julio y 347/2019, de 21 de junio).

3.2.- Apreciación de las circunstancias concurrentes y estimación de la demanda.

En el caso presente, la sentencia de la Audiencia no entra a analizar, con elemental motivación, el fondo del recurso de apelación interpuesto, al apreciar improcedentemente la caducidad de la acción de anulabilidad ejercitada, auténtica *ratio decidendi* de su resolución, y la dictada por el Juzgado de Primera Instancia se basa en fundamentos de cuya valoración jurídica disentimos, habida cuenta que no podemos considerar, aplicando la jurisprudencia antes relacionada, que la entidad financiera hubiera cumplido su deber legal de informar en las condiciones antes expuestas, de manera tal que la mercantil accionante contara con los conocimientos precisos para formarse un consentimiento válido, y no viciado, sobre el producto financiero complejo, aleatorio y de riesgo, que le fue contractualmente impuesto por la entidad demandada, al concertar el préstamo otorgado para financiar la adquisición de la planta fotovoltaica, lo que deducimos en función de los argumentos siguientes.

En primer término, puesto que la sentencia apelada se basa en la testifical del Sr. Luis , que no es el legal representante de la actora, sino de otra de las sociedades que se concertaron para la instalación de las plantas fotovoltaicas, limitándose a ser el coordinador del proyecto en su condición de ingeniero de minas conocedor del sector fotovoltaico, que no el bancario de derivados complejos y de riesgo como son los *swaps* ; por todo ello los supuestos conocimientos con los que pudiera contar y la información que, en su caso, éste hubiera podido recibir de la entidad financiera, no son extrapolables a la formación de la voluntad contractual del legal representante de la actora, que es quien suscribió el *swap* litigioso; por otra parte, de su declaración, tal y como consta reseñada en la sentencia del Juzgado, no se deduce que hubiera ilustrado a la entidad actora sobre la naturaleza y riesgos del producto litigioso. Una cosa son los conocimientos subjetivos de dicho testigo, y otros los del legal representante de la mercantil recurrente, que son los que ahora nos interesan, pues de su supuesta voluntad viciada por error se trata en el proceso.

El comercial de la demandada dice que el legal representante de la actora conocía perfectamente el funcionamiento del *swap*, mas tal manifestación, por sí sola, sin amparo documental, ni otro elemento de contraste relevante, carece de la consistencia precisa para dar tal circunstancia como acreditada. Añadió igualmente, como se recoge en la fundamentación de la sentencia de primera instancia que, al tiempo de contratar, no se puede informar sobre el coste de la cancelación, porque depende de la fluctuación y por ello es variable; mas tal afirmación no le eximía, como destaca la jurisprudencia antes citada, de comunicar a la actora cuál era el valor de mercado inicial del *swap* , o, al menos, qué cantidad debería pagar 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.

Se afirma que se hicieron simulaciones, mas carecemos de cualquier dato de que así se hiciese, al margen de las manifestaciones de tal testigo, y máxime cuando es a la entidad demandada la que le corresponde la carga de la prueba al respecto. Tampoco nada demuestra que se hubieran pagado las liquidaciones negativas, puesto que ello no implica el conocimiento de las características y riesgos del *swap* al tiempo de su contratación, y la entidad demandante reacciona precisamente interponiendo en tiempo la acción de anulación, dejando la resolución del conflicto en manos de los órganos jurisdiccionales.

Tampoco podemos concluir, con los datos obrantes, en autos que el legal representante de la actora contara con especiales conocimientos financieros, lo que no se deduce de la circunstancia de que administrase otras empresas, dedicándose la litigiosa a un sector ajeno al ámbito de la contratación financiera.

El test de conveniencia fue negativo, pese a lo cual, en una de las condiciones del contrato de préstamo, se impuso por la demandada la concertación de un producto de cobertura de riesgo de tipo de interés por importe mínimo de la cantidad prestada (estipulación 8ª), lo que permite deducir que no se cumplió el deber de informar, para que la entidad actora, prestara un consentimiento debidamente informado, sino que se impuso como condición para acceder al préstamo de financiación, máxime cuando el test de conveniencia fue negativo, con datos reflejados en su cuerpo escrito, tales como que la mercantil accionante no ha realizado inversiones en los últimos años y no estaría dispuesta a invertir en derivados cuya liquidez se negociase fuera de un mercado organizado y sin disponer de una contraparte asegurada, y, además, se concierta por un plazo nada menos de 13 años, con lo que los riesgos que asumía la mercantil recurrente eran muy elevados, aumentando de forma desproporcionada la aleatoriedad del contrato.



La inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, acentuó la obligación de la entidad demandada de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero (la actora no demandó la adquisición del producto tomando la iniciativa inversora), el deber que pesa sobre la entidad recurrente no se limita únicamente a cerciorarse de que el cliente minorista (condición jurídica que ostenta la actora como se reconoce por la demandada), conoce bien en qué consistía el producto que contrata y los concretos riesgos asociados al mismo, sino que además debe evaluar que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, es lo que más le conviene (SSTS 460/2014, de 10 de septiembre ; 769/2014, de 12 de enero de 2015 ; 102/21016, de 25 de febrero y 426/2019, de 16 de julio entre otras).

Por otra parte, como hemos visto no se pueden reputar cumplidas las exigencias de información mediante la remisión a la documentación del contrato o su simple lectura, máxime, como sucede en este caso, la suscripción del CMOF es de la misma fecha que el contrato de préstamo y de *swap* , el 27 de marzo de 2008, por lo tanto sin tiempo mínimo suficiente para su lectura y comprensión, y máxime además, como igualmente hemos indicado, que no es a la actora a quien corresponde la búsqueda u obtención de la información necesaria sobre las características y riesgos del producto, sino obligación activa de la entidad financiera, y sin que, desde luego, sean bastantes a tales efectos las expresiones genéricas, predisuestas y meramente formales de tener conocimiento de los riesgos.

Como dicen las SSTS 282/2017, de 10 de mayo y 334/2019, de 10 de junio :

"Para excluir la existencia de error o su carácter excusable no es bastante el mero contenido del contrato, y su lectura por parte del cliente, ni basta una mera ilustración sobre lo obvio (que como se trata de un contrato aleatorio, en el que se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, puede haber resultados positivos o negativos para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial), sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés, así como sobre el coste de cancelación. Es decir, "no se trata de abrumar al cliente con fórmulas, datos y cifras, que más que dar información, la ocultan, sino de asegurarse de que el cliente ha comprendido la naturaleza y riesgos del producto o servicio mediante una explicación clara, imparcial y no engañosa de estos extremos" (entre las más recientes, sentencias 2/2017, de 10 de enero , y 149/2017, de 2 de marzo)".

No hay constancia por lo tanto de que las informaciones requeridas, a las que antes hicimos puntual referencia, se hayan facilitado a la empresa demandante, razón por la cual, debido a este déficit de información, ésta no pudo hacerse una idea cabal de los riesgos, que suponía la contratación de un producto complejo y arriesgado como el *swap* , sufrió un error sustancial y disculpable, que conlleva a la estimación del recurso interpuesto.

Igualmente procede la nulidad de la cláusula 8ª del contrato de préstamo configurada en función de la imposición del contrato de *swap*, dada la vinculación entre ambos.

CUARTO.- Costas y depósito.

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

Tampoco procede imponer las costas de segunda instancia, dado que el recurso de apelación de la entidad demandante tenía que haber sido estimado.

En cuanto a las costas de la primera instancia, deben imponerse a la parte demandada conforme al art. 394.1 LEC .

Conforme a la Disposición Adicional 15.ª 8 LOPJ procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la demandante Hervis Energía, S.L., contra la sentencia dictada el 30 de marzo de 2017, por la sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el recurso de apelación nº 1256/2017 .

2.º Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto.

3.º. En su lugar, estimar el recurso de apelación interpuesto en su día por dicha parte demandante, contra la sentencia dictada el 30 de junio de 2016, por la magistrada-juez titular del Juzgado de Primera Instancia n.º



24 de Sevilla , en las actuaciones de juicio ordinario n.º 247/2015, y revocar esta última resolución para, en su lugar, dictar otra, en virtud de la cual:

- A) Estimar la demanda formulada por la actora Hervis Energías S.L. contra Bankia.
- B) Declarar la nulidad del contrato de confirmación operación collar suscrito por las partes litigantes.
- C) Condenar a la entidad demandada-recurrida a restituir a la demandante-recurrente las cantidades percibidas con ocasión de las liquidaciones negativas giradas durante la vigencia del contrato, minoradas con las cantidades percibidas por el cliente por las liquidaciones positivas, con los intereses legales de tales cantidades desde sus respectivas fechas de abono, incluidas las devengadas durante la sustanciación del procedimiento y futuras hasta su liquidación.
- D) Se declara la nulidad de la cláusula 8ª del préstamo, que obliga a la actora a contratar con la demandada una cobertura de riesgo de tipo de interés, en relación con la presente operación por importe mínimo de 551.000 euros.

4.º- No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación ni las de la segunda instancia, e imponer a la parte demandada hoy recurrida las costas de la primera instancia.

5.º- Y devolver a la entidad recurrente el depósito constituido.

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

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

Así se acuerda y firma.

Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas

M.ª Angeles Parra Lucan Jose Luis Seoane Spiegelberg