



Roj: **STS 986/2017 - ECLI:ES:TS:2017:986**

Id Cendoj: **28079110012017100185**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/03/2017**

Nº de Recurso: **1770/2013**

Nº de Resolución: **191/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP AL 329/2013,**  
**STS 986/2017**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 16 de marzo de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 58/2012 por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Almería, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 504/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Huércal-Overa, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la procuradora doña María del Mar Gazquez Alcoba en nombre y representación de Grupo Piensos Garla (Pensos Garla S.A., La Fuensanta Agropecuaria S.L., Filo-Porc S.L., Lagama Agropecuaria S.L., Explotaciones Frangar S.L., Agropecuaria Mayfra S.L.), compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Mercedes Caro Bonilla en calidad de recurrente y la procuradora doña Rocío Sempere Meneses en nombre y representación de Bankinter S.A., en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El procurador don Salvador Blesa Marcano, en nombre y representación de las sociedades mercantiles Piensos Garla S.A., La Fuensanta Agropecuaria S.L., Filo-Porc S.L., Lagama Agropecuaria S.L., Explotaciones Frangar S.L., Agropecuaria Mayfra S.L., (Grupo Piensos Garla), interpuso demanda de juicio ordinario, asistido del letrado don Justo Parra Giménez contra Bankinter S.A., y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«1.- Se declare la NULIDAD DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE RIESGOS FINANCIEROS y de sus condiciones particulares, firmado entre las partes, por haber concurrido en la formalización VICIOS INVALIDANTES EN LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO, llevando ello la consecuencia obligada de la nulidad del contrato, con la consiguiente restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del mismo, con sus frutos y el precio de sus intereses, conforme dispone el art. 1.303 del Código Civil, de manera que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador. Debiendo procederse, por tanto, a la anulación de los cargos y abonos efectuados por razón del contrato en la cuenta asociada, de manera que la demandante no devenga en acreedora ni deudora de la demandada en virtud de las liquidaciones practicadas.

»2.- SUBSIDIARIAMENTE, se declare el derecho de mi representado a apartarse del contrato sin coste alguno desde que la entidad fue requerida para ello, por no existir en el clausulado información alguna que haga previsible coste de cancelación alguno, declarando resuelto el contrato sin coste alguno para las empresas que forman el GRUPO PIENSOS GARLA».



**SEGUNDO.-** El procurador don José Luis Vázquez Guzmán, en nombre y representación de Bankinter S.A., y asistido de la letrada doña Pilar Sánchez Iglesias contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«Dicte sentencia por la que acuerde desestimar íntegramente la demanda, todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora».

**TERCERO.-** Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Huércal-Overa, dictó sentencia con fecha 27 de abril de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta por el Sr. Blesa Marcano, en nombre y representación de FILO PORC S.L., EXPLOTACIONES FRANGAR S.L., AGROPECUARIA MAYFRA S.L., LA FUENSANTA AGROPECUARIA S.L., LAGAMA AGROPECUARIA S.L Y PIENSOS GARLA S.A en su petición subsidiaria y, en consecuencia, absuelvo a BANKINTER S.A de la petición principal de nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros y de sus condiciones particulares y declaro el derecho de la actora de apartarse del contrato sin coste alguno desde la interposición de la demanda, sin expresa imposición de las costas procesales».

**CUARTO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Pienso Garla S.A., y otros y también por la representación de Bankinter, la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Almería, dictó sentencia con fecha 23 de abril de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que con DESESTIMACIÓN del recurso interpuesto por FranGar y otros y ESTIMACIÓN del interpuesto por Bankinter, del recurso de apelación deducido contra la sentencia dictada con fecha 27 de Abril de 2011 por el Ilmo. Sr. Juez del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Huércal Overa en los autos sobre nulidad de contrato swap de los que deriva la presente alzada, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS dicha resolución y con DESESTIMACIÓN de la demanda interpuesta absolver de los pedimentos de la misma a la demandada Bankinter con imposición de las costas de la primera instancia a la actora. Asimismo debemos imponer las costas devengadas en esta alzada por el recurso de FranGar a dicha mercantil sin efectuar condena en costas en esta alzada proveniente del recurso de Bankinter que es estimado».

**QUINTO.-** Contra la expresada sentencia interpuso recursos de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal la representación procesal de Grupo Piensos Garla y otros, argumentando el recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 C.E., al infringir los principio de oralidad, intermediación y contradicción. Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.4.º, en relación con el artículo 24.1 de la C.E. y los artículos 316, 326, 348 y 376 LEC y jurisprudencia que los desarrolla. Tercero.- Al amparo del artículo 429.1.2.º LEC, en cuanto que la sentencia recurrida infringe el artículo 217 LEC y la jurisprudencia que lo desarrolla. Cuarto.- Al amparo del artículo 469.1.2.º LEC, en cuanto que la sentencia recurrida infringe el artículo 218.1 LEC por falta de congruencia y la jurisprudencia que lo desarrolla. El recurso de casación, lo argumentó con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Procedencia del recurso de casación, al amparo del artículo 477.2.3.º LEC, por interés casacional. Segundo.- Existencia de jurisprudencia contradictoria de las AAPP sobre las cuestiones resueltas por la sentencia recurrida. Tercero.- Valoración jurídica de los hechos probados desde el punto de vista económico-financiero. Incorrecta valoración del procedimiento desde este punto de vista e incoherencia en aplicación de la doctrina de los vicios del consentimiento a una materia estrictamente económica. Cuarto.- Por infracción, en concepto de interpretación errónea y consecuente inaplicación de la Ley del Mercado de Valores.

**SEXTO.-** Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha 16 de noviembre de 2016, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Se acordó no admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto contra dicha sentencia. Evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Rocío Sampere Meneses, en nombre y representación de Bankinter S.A., presentó escrito de impugnación al mismo.

**SÉPTIMO.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 22 de febrero del 2017, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Resumen de antecedentes.**



1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la nulidad de un contrato marco de operaciones financieras (CMOF), así como su confirmación mediante un contrato de gestión de riesgos financieros (swap). Dichos contratos son posteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID.

2. En síntesis, Grupo de Piensos Garla S.A., formada por varias empresas dedicadas a la explotación agrícola y ganadera, suscribió, en abril de 2008, un contrato marco de operaciones financieras y un contrato de gestión de riesgos financieros con la entidad Bankinter. Este último contrato bajo la denominación comercial de «clip Bankinter Flexiplus 5», por un nominal de 400.000 euros y con fecha de inicio del producto de 14 de mayo de 2008 y vencimiento de 16 de Mayo de 2011.

Con carácter previo, en febrero de 2008, el grupo de empresas había suscrito con dicha entidad bancaria un contrato de financiación multilínea (para leasing, créditos, préstamos y líneas de descuento), así como un préstamo de 100.000 euros para cada una de las empresas del grupo. Por lo que la finalidad perseguida con la contratación del swap era ofrecer una cobertura contra el riesgo de la subida de los tipos de interés. Sin embargo, el funcionamiento del producto financiero comportó que el endeudamiento del grupo pasará de tener un coste medio del 4,24% a un 9,43%.

En este contexto, Grupo de Piensos Garla S.A., presentó una demanda contra Bankinter S.A., solicitando la nulidad de dichos contratos por error vicio en el consentimiento prestado y, de forma subsidiaria, que se declarase su derecho a apartarse de los contratos sin coste alguno, por la falta de claridad de la cláusula de cancelación anticipada. La demandada se opuso a la demanda y solicitó su plena absolución.

3. De los hechos acreditados en la instancia, deben destacarse los siguientes:

I) El producto financiero fue ofertado por la entidad bancaria.

II) No se realizó el test de conveniencia.

III) La cláusula de cancelación anticipada se hizo en referencia a un precio acorde «con la situación del mercado». Los escenarios de las liquidaciones quedaron referidos de un modo genérico a la fluctuación de un tipo de interés, tanto si el cliente pagaba, como si recibía.

IV) El empleado de la entidad bancaria reconoció que no sabía cómo se calculaba el coste de cancelación del producto.

4. La sentencia de primera instancia estimó la demanda en su petición subsidiaria. Por lo que declaró el derecho de la demandante a apartarse del contrato sin coste alguno desde la interposición de la demanda.

5. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la sentencia de la Audiencia desestimó el recurso interpuesto por la demandante y estimó el recurso de la demandada; por lo que revocó la sentencia de primera instancia con la desestimación de la demanda interpuesta. En su argumentación destacó que el producto financiero, pese a presentar alguna complejidad, no resultaba «inasequible» a un administrador de una sociedad que contrataba numerosos créditos en el marco de su actividad, caso, por ejemplo, del previo contrato de financiación multilínea. A su vez, resaltó que la contratación se hizo por escrito y se hacía constar la posibilidad de cargos contra el cliente. Del mismo modo que éste, en las condiciones generales, reconocía y aceptaba que el producto podía comportar riesgos. Por último, destacó que la empresa contaba con una asesoría fiscal y contable.

6. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal que ha resultado inadmitido, y recurso de casación que ha sido admitido.

7. Con carácter previo al examen del recurso de casación procede desestimar las causas de inadmisión del recurso formuladas por la parte recurrida. En este sentido, debe señalarse que la recurrente sí que justifica el interés casacional que ampara la formulación del recurso, como pone en evidencia el desenvolvimiento de la doctrina jurisprudencial de esta sala a raíz de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014.

#### **Recurso de casación.**

**SEGUNDO.-** *Contrato marco de operaciones financieras (CMOF) y contrato de permuta financiera (SWAP) posteriores a la incorporación al Derecho español de la normativa MiFID. Obligaciones y deberes de información. El error vicio en el consentimiento prestado. Doctrina jurisprudencial aplicable.*

1. La recurrente, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en cinco motivos.

2. Los motivos primero al cuarto del recurso deben ser desestimados. En ellos la recurrente, como si de un escrito de alegaciones se tratara, se remite a justificar el interés casacional del caso, sin identificar y concretar debidamente las infracciones denunciadas, que tan sólo quedan referidas a cuestiones generales del recurso



(valoración jurídica y económica de los hechos probados e interpretación errónea de la Ley del Mercado de Valores).

**3.** En el motivo quinto del recurso, la recurrente denuncia la incorrecta interpretación e indebida aplicación de los artículos 1261, 1266 del Código Civil, sobre el error en el consentimiento prestado.

**4.** El motivo debe ser estimado.

Tras la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, se obliga a las entidades financieras a clasificar a sus clientes como minoristas o profesionales (art. 78 bis LMV). Y si se encuadran en la primera categoría, a asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos y a suministrarles información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan ( art. 79 bis LMV). Asimismo, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, establece en sus arts. 72 a 74 que las entidades que presten servicios de inversión deben: (i) Evaluar la idoneidad y conveniencia para el cliente del producto ofrecido, en función de sus conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al mismo; (ii) La información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos sobre: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente; b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado; c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes; (iii) En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información legalmente exigible.

Es decir, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), y su normativa reglamentaria de desarrollo, acentuó la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos.

**5.** Con relación al incumplimiento de estas obligaciones de información son ya múltiples las sentencias de esta Sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido nos atenderemos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, 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 ( Sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 491/2015, de 15 de septiembre; así como las Sentencias 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; 74712015, 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; y 510/2016, de 20 de julio).

**6.** El presente caso, debe concluirse que la entidad bancaria no cumplió con los deberes de información de los riesgos concretos que podrían derivarse del funcionamiento del producto financiero, o del riesgo que podía comportar el coste económico de su cancelación anticipada. Cumplimiento que no puede resultar acreditado, tal y como hace la sentencia recurrida, atendiendo principalmente a la mera literalidad genérica de los contratos suscritos.

En este sentido, según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

El incumplimiento del deber de información sobre los riesgos derivados de la bajada del euríbor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 1.ª núm. 840/2013, de 20 de enero



de 2014, «esa ausencia de información permite presumir el error». Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que Bankinter pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada.

La omisión de los referidos deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

A su vez, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

En todo caso, la experiencia de ser representante de la sociedad, por sí sola, no justifica la inexcusabilidad del error. En este sentido, con relación al artículo 79 bis LMV esta sala, en su sentencia núm. 595/2016, de 5 de octubre, ha declarado lo siguiente:

«[...] Hemos declarado que el hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente su carácter experto, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. Hemos afirmado en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, 651/2015, de 20 de noviembre y 331/2016, de 19 de mayo, entre otras, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, y «no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera ( sentencia 676/2015, de 30 de noviembre)».

Por último, con relación a la necesaria información del coste de la cancelación anticipada del contrato de permuta financiera, esta sala, en su sentencia 594/2016, de 5 de octubre, ha declarado lo siguiente:

«[...]En el ámbito del incumplimiento de los deberes de información es especialmente destacable como el banco ha de informar al cliente sobre cuál sería 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 magnitudes están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de la variable económica de referencia 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 antes, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de la inflación, 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 y le permite elegir, entre varias ofertas, la que resulte más conveniente. De no hacerlo así, la «apuesta» que supone el swap se produciría en un terreno de juego injustificadamente favorable para el banco.

»En orden a esta concreta obligación, es necesaria una información suficientemente precisa y clara sobre el coste de cancelación anticipada del swap. La mención de que el coste de cancelación se fijarla por el Banco de acuerdo con los precios de mercado, como hemos dicho en anteriores resoluciones, más que de una información, se trata de una fórmula que encierra una absoluta falta de información: de qué mercado se trata, qué parámetros se tomarán en consideración, la expresión de algunos ejemplos, como cuál sería el coste de cancelación en la fecha de concertación del contrato, etc.

»Esta Sala ha admitido en casos como el presente que el error pueda recaer sobre los riesgos, representados por los eventuales costes económicos, derivados de la cancelación del producto financiero que se concertaba. Lo apreciamos en la Sentencia.



»En consecuencia, Bankinter debió informar en términos claros y precisos, y con suficiente antelación a la contratación, no solo de la naturaleza compleja y de riesgo del producto ofertado (el cliente no podía saber que se trataba de un producto «especulativo», como se afirma en la sentencia recurrida, si no se le informaba de ello, tanto más si se ofertaba como un producto de renta fija), sino también del concreto riesgo de pérdida de la inversión en caso de insolvencia del emisor».

7. Habida cuenta que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia uniforme de esta sala, en materia de información y prestación del consentimiento en los contratos de permuta financiera, debe prosperar el recurso de casación. Con lo que procede casar y anular la sentencia recurrida, asumir la instancia con estimación sustancial del recurso de apelación de la demandante y desestimación del recurso de apelación de la demandada y, en consecuencia, revocar la sentencia de primera instancia, con estimación sustancial de la pretensión principal de la demanda interpuesta, pues el error vicio afecta al contrato de permuta financiera suscrito, y no al contrato marco de operaciones financieras (CMOF), que ninguna proyección de riesgo comporta para el cliente.

#### **TERCERO.- Costas y depósitos.**

1. La estimación del recurso de casación comporta que las costas causadas por el mismo no se impongan a ninguna de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC.

2. La estimación del recurso de casación comporta la estimación del recurso de apelación de la demandante, por lo que no procede hacer expresa imposición de costas de su apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC.

3. La estimación del recurso de casación comporta la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la demandada Bankinter S.A., por lo que se le condena a las costas de su recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC.

4. A su vez, la estimación del recurso de apelación de la demandante comporta la estimación sustancial de la demanda, por lo que procede hacer expresa imposición de costas de primera instancia a la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC.

5. Asimismo, procede ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ.

#### **FALLO**

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

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Grupo Pensos Garla S.A., contra la sentencia dictada, con fecha 23 de abril de 2013, por la Audiencia Provincial de Almería, sección 3.ª, en el rollo de apelación núm. 58/2012, que casamos y anulamos, y asumiendo la instancia estimamos sustancialmente el recurso de apelación de la demandante, Grupo Pensos Garla S.A., y desestimamos el recurso de apelación de la demandada, Bankinter S.A., y, en consecuencia, revocamos la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 3, de Huércal-Overa, de 27 de abril de 2011, dimanante del juicio ordinario núm. 504/2010, en sentido de estimar sustancialmente la demanda en su pretensión principal. Por lo que declaramos la nulidad del contrato de permuta financiera suscrito por la demandante, en abril de 2008, con la entidad Bankinter S.A., con la restitución recíproca de las prestaciones realizadas y con sus intereses legales desde la fecha de pago. 2. No procede hacer expresa imposición de las costas de casación. 3. Condenamos a la parte demandada a las costas de su apelación. 4. No procede hacer expresa imposición de las costas de apelación a la parte demandante. 5. Condenamos a la parte demandada a las costas de primera instancia. 6. Procede ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma. **Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres**