



Roj: **STS 4120/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4120**

Id Cendoj: **28079110012017100605**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/11/2017**

Nº de Recurso: **1185/2015**

Nº de Resolución: **641/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 487/2015,**
STS 4120/2017

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 641/2017

Fecha de sentencia: 24/11/2017

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1185/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/11/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 1185/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 641/2017

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 24 de noviembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Sevilla. El recurso fue interpuesto por la entidad Gas Vapor S.L., representada por la procuradora Paloma Izquierdo Labrada y bajo la dirección letrada de Tania García Sierra. Es parte recurrida la entidad Banco Santander S.A., representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de Ramón Entrena Cuesta.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Araceli Guersi Ali, en nombre y representación de la entidad Gas Vapor S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Sevilla, contra la entidad Banco Santander Central Hispano S.A., para que se dictase sentencia:

«por la que se estime íntegramente la presente demanda y se:

»(i) Decrete la nulidad de los contratos de derivado financiero suscritos entre mi mandante y Banco Santander:

- Confirmación de Permuta Financiera de Tipo de Interés ("Swap Flotante") de 01/02/2008 con fecha de inicio 4/02/2008.

- Confirmación de Swap Ligado a la Inflación ("Swap pagados de gastos de inflación") de 20/02/2008 con fecha de inicio 25/02/2008.

»(ii) Y se condene a la entidad demandada a abonar a mi mandante la cantidad resultante de la liquidación y restitución recíproca de las cantidades adeudadas y abonos realizados que hasta la fecha de interposición de la demanda arrojaba un saldo a favor de Banco Santander de treinta mil setecientos cincuenta y cuatro euros con cuarenta y cinco céntimos (30.754,45 ?)

»(iii) Condene a Banco Santander al pago de los intereses legales de la suma que se determine desde la fecha del emplazamiento y hasta su cumplido pago, y

»(iv) Condene a Banco Santander al pago de las costas que se causaren en este procedimiento».

2. La procuradora Mauricia Ferreira Iglesias, en representación de la entidad Banco de Santander S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que, absolviendo a mi mandante de todos los pedimentos de la demanda, la desestime íntegramente con expresa imposición de costas a la parte actora».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Sevilla dictó sentencia 9 de enero de 2014 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que estimando la demanda deducida por la Procuradora doña Araceli Guersi Ali, en nombre y representación de Gas Vapor S.L. contra Banco de Santander S.A., sobre nulidad contractual y reclamación de cantidad, debo declarar y declaro:

»a) La nulidad de los contratos de derivados financieros suscritos entre ambas partes: Confirmación de permuta financiera de tipo de interés ("Swap flotante") de fecha uno de febrero de 2008, con fecha de inicio 4 de febrero de 2008.

»Confirmación de Swap ligado a la Inflación ("swap pagador de gastos de inflación") de fecha 20 de febrero de 2008 con fecha de inicio, 25 de febrero de 2008.

»b) En consecuencia, la procedencia de la restitución recíproca de las prestaciones derivada de los contratos suscritos, practicando la compensación de las cantidades dinerarias, debiendo abonar la parte demandada a la actora, una vez practicada dicha compensación, la suma de 30.754,45 euros, más los intereses legales desde la fecha del emplazamiento.

»Se condena a la demandada al abono de las costas del presente juicio».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Banco Santander Central Hispano S.A.



2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, mediante sentencia 24 de febrero de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D^a. Mauricia Ferreira Iglesias en nombre y representación del demandado Banco de Santander S.A. contra la sentencia dictada el día 9 de enero de 2014 por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia N^o 22 de Sevilla, en los autos de juicio ordinario N^o 792/12, de los que dimanen estas actuaciones, debemos revocar y revocamos la citada Resolución y, en consecuencia, con desestimación de la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D^a. Araceli Guersi Ali en nombre y representación de la entidad Gas Vapor S.L., absolvemos al demandado Banco de Santander S.A. de las pretensiones contra el mismo deducidas en la demanda, con expresa imposición a la parte demandante de las costas procesales causadas.

»No ha lugar a hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas originadas en esta alzada».

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. La procuradora Araceli Guersi Ali, en representación de la entidad Gas Vapor S.L., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción por interpretación errónea de los arts. 1265 , 1266 , 1300 y ss. del CC en relación con el art. 78 , 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores , el resto de la normativa bancaria aplicable y la jurisprudencia que lo interpreta. Deber de información, error en el consentimiento.

»2º) Error en la valoración de la prueba. Infracción por interpretación errónea de los arts. 1265 , 1266 , 1300 y ss. del CC en relación con el art. 78 , 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en las sentencias de fecha 21 de noviembre de 2012 , 20 de enero de 2014 , 7 de julio de 2014 , 8 de julio de 2014 y 26 de febrero de 2015 . Existencia de error en el consentimiento».

2. Por diligencia de ordenación de 10 de abril de 2015, la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª, 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 la entidad Gas Vapor S.L., representada por la procuradora Paloma Izquierdo Labrada; y como parte recurrida la entidad Banco Santander S.A., representada por el procurador Eduardo Codes Feijoo.

4. Esta sala dictó auto de fecha 19 de julio de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Gas Vapor, S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 14 de febrero de 2015, por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, en el rollo de apelación n.º 3222/2014 , dimanante del juicio ordinario n.º 792/2012, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 22 de Sevilla».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Santander S.A., presentó escrito de oposición al recurso de casación formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 2 de noviembre de 2017, 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 1 de febrero de 2008, Gas Vapor, S.L. concertó con Banco Santander una permuta financiera de tipos de interés, por un nominal de 600.000 euros, con una duración de dos años. Y el 20 de febrero de 2008 estas mismas partes, concertaron otro contrato de permuta financiera, esta vez ligado a la inflación, por un nominal de 250.000 euros, con una duración de cuatro años.

Unos días después, el 26 de febrero de 2008, Gas Vapor, S.L. contrató con Banco Santander una póliza de descuento que cubría un riesgo de hasta 400.000 euros.

Gas Vapor tiene la condición de inversor minorista.



El administrador de Gas Vapor, lo es también de otra sociedad, Montajes Palomares, S.L. Además de la actividad de montaje de maquinaria y tubería industrial, se había dedicado a la promoción inmobiliaria. En concreto: había comprado terrenos en Palomares del Río por un importe superior a 1.227.0000 euros, el 22 de diciembre de 2006, que vendió después a otra promotora el 29 de febrero de 2008, por lo que canceló el préstamo hipotecario que le había concedido Banco Santander. Como administrador de Gas Vapor gestiona una empresa cuyo volumen de negocio en el año 2008 fue de 3.340.968,56 euros. De las labores contables y financieras de la sociedad se encargaba Carmelo, que es licenciado en Económicas.

2. Gas Vapor, S.L. interpuso una demanda contra Banco Santander en la que pidió la nulidad de las dos permutas financieras por error vicio, consecuencia de la falta de información previa sobre las características de los productos financieros contratados y sus concretos riesgos.

3. El juzgado de primera instancia advirtió que el cliente era inversor minorista, las dos permutas financieras contratadas son productos financieros complejos, fueron ofrecidos por el banco, quien no consta que hubiera informado antes al cliente de las características del producto y de los concretos riesgos que entrañaba su contratación. La sentencia de primera instancia declaró la nulidad de ambas permutas financieras y ordenó la recíproca restitución de las cantidades percibidas por una y otra parte durante la vigencia de los contratos anulados.

4. Recurrida la sentencia de primera instancia por Banco Santander, la Audiencia estima el recurso y desestima la demanda. En su sentencia argumenta por qué se cumplieron los deberes de información que impone la normativa MiFID y no existió error vicio en la contratación de las dos permutas financieras:

«La entidad actora realizó unos contratos de permuta financiera de tipos de interés y de inflación que tenían su razón de ser en la existencia de operaciones financieras entre las partes, y en concreto de una Póliza de Descuento de 26 de febrero de 2008 concertada paralelamente a los swaps, con el objetivo de buscar una protección frente a las fluctuaciones de los tipos de interés y de la inflación. En los contratos se contemplaban escenarios desfavorables para el cliente, y se le avisaba de que era una operación de riesgo.

[...]

»En este caso se le indicaba claramente al demandante que la operación conllevaba un riesgo pues en determinadas circunstancias el coste financiero por él soportado sería superior a la alternativa de no haber concluido la operación. No obstante suscribió los contratos, siendo perfecto conocedor de que esto podría pasar por la información recibida a través de los diversos escenarios que expresamente se contemplaban en los contratos. Y es que las expectativas beneficiosas que el contrato le generaba eran importantes, pues a cambio de ello conseguía estabilizar el coste financiero de sus operaciones con el Banco, y el riesgo del incremento de la inflación, que en la época de la contratación se preveía continuaría incrementándose en los años siguientes. Es decir, que no obstante los riesgos que se le exponían y que no eran difíciles de entender, las favorables expectativas que para el actor tenía la operación hacían que su suscripción le resultase atractiva para sus intereses y determinase su voluntad de aceptarla».

La Audiencia concluye finalmente:

«Valorado el perfil del contratante, su experiencia en la contratación de productos financieros, el contenido de los contratos, los escenarios en ellos contemplados y las posibilidades y el deber de asesoramiento que tenía el administrador de la sociedad actora, estimamos que la demandante no tuvo una representación errónea de los elementos esenciales de los contratos, esencialmente de su naturaleza y del objeto del contrato, por lo que al no concurrir un vicio del consentimiento que determine la nulidad contractual, debemos acoger la apelación para, con revocación de la Sentencia recurrida, desestimar las acciones de nulidad deducida en el escrito de demanda, absolviendo a la entidad demandada de todas las pretensiones contra ellas formuladas».

5. La sentencia de apelación es recurrida en casación por Gas Vapor, S.L., sobre la base de dos motivos.

En relación con las objeciones a la admisión planteadas por la parte recurrida al oponerse al recurso, debemos advertir lo siguiente. El recurso mezcla dos razones para justificar el interés casacional que en este caso son contradictorias: por una parte, aduce que hay resoluciones contradictorias de audiencias provinciales y, por otra que se conculca la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Es cierto que si existe una clara jurisprudencia del Tribunal Supremo, como es el caso, el interés casacional estaría justificado porque la sentencia recurrida contradice dicha jurisprudencia o porque se ajuste la misma, pero se interesa un cambio en dicha jurisprudencia. Pero, existiendo una clara jurisprudencia sobre la cuestión controvertida, no tiene sentido pretender justificar el interés casacional en la existencia de resoluciones contradictorias dictadas por distintas audiencias provinciales.



En nuestro caso, como también se ha invocado la infracción de la jurisprudencia, nos ajustamos a esta razón para entender correctamente justificado el interés casacional.

En cuanto a las otras objeciones, baste advertir que como no responden a causas objetivas de inadmisión, serán analizadas al examinar ambos motivos.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. Formulación de los dos motivos . El motivo primero se funda en la infracción por interpretación errónea de los arts. 1265 , 1266 , 1300 y ss. del Código Civil , en relación con los arts. 78 , 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores , el resto de la normativa bancaria aplicable y la jurisprudencia que los interpreta.

Los dos motivos están tan vinculados que resulta aconsejable analizarlos conjuntamente. En el desarrollo de ambos motivos, el recurrente mezcla alegaciones propias del recurso de casación, pues parten de los hechos acreditados para cuestionar la interpretación del derecho aplicable, con vistas a ilustrar la contradicción de la jurisprudencia, con alegaciones que son propias de una demanda o de un recurso de apelación, en las que cuestiona también la valoración de la prueba. Sin perjuicio de advertir a la dirección letrada del recurso de lo incorrecto de su actuación, la sala sólo tendrá en cuenta las alegaciones que se acomodan al recurso de casación.

El motivo segundo denuncia error en la valoración de la prueba e infracción por interpretación errónea de los arts. 1265 , 1266 , 1300 y ss. del Código Civil en relación con los arts. 78 , 79 , 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y de la jurisprudencia contenidas en las sentencias de 21 de noviembre de 2012 , 20 de enero de 2014 , 7 de julio de 2014 , 8 de julio de 2014 y 26 de febrero de 2015 .

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

2. Estimación del recurso . Hemos de partir de la consideración de que, en la medida en que no se ha acreditado en la instancia que Gas Vapor, S.L. tuviera la condición de inversor profesional, debe ser considerado minorista, conforme al art. 79 LMV.

Las dos permutas financieras fueron concertadas en febrero de 2008, cuando ya había entrado en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo la normativa MiFID.

Como hemos recordado en otras ocasiones, constituye jurisprudencia constante que bajo la normativa MiFID, en concreto el art. 79 bis.3 LMV, en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadoras de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, 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, incide en la apreciación del error [por todas, sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 559/2015, de 27 de octubre].

3. En supuestos similares al presente, en que se habían comercializado productos que podían incluirse dentro de la denominación genérica de permuta financiera o swap, hemos advertido que, al margen del motivo por el que se concertaron o la explicación que se dio al ser comercializados, no dejan de tener la consideración de producto financiero complejo, sobre cuya comercialización pesan los deberes de información expuestos:

«(D)icho de otro modo, en la contratación de estos contratos financieros con inversores minoristas o no profesionales, con independencia de cómo se denomine el contrato y de si van ligados a una previa operación financiera, como es el caso, o son meramente especulativos, regían los deberes de información de la normativa pre MiFID» (sentencia 559/2015, de 27 de octubre).

Por ello, la entidad financiera demandada (Banco Santander) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente (Gas Vapor, S.L.) que permitiera conocer los riesgos concretos del producto, incluidos los derivados de la cancelación anticipada.

La sentencia de primera instancia declaró que el banco no había acreditado que hubiera llevado a cabo una información previa a la firma de los contratos en la que hubiera explicado de forma clara y adecuada al cliente en qué consistía el swap y sus concretos riesgos, razón por la cual apreció la nulidad por error vicio. Sin embargo, la sentencia de apelación, que es la que ahora se recurre, sin dejar constancia de que hubiera quedado acreditado que el banco haya suministrado al cliente una información precontractual sobre las características de los dos swaps que contrató y sus concretos riesgos, entiende que ambas cuestiones quedaban claras en



el propio contrato. Y valora que la experiencia empresarial del administrador de la sociedad hacía inexcusable el posible error sobre estos extremos.

Lo anterior debe llevarnos a concluir con una valoración jurídica contraria a la que realizó la Audiencia. No queda acreditado que el banco hubiera cumplido con los deberes de información del art. 79 bis.3 LMV, pues los mismos no se satisfacen con las menciones genéricas contenidas en el contrato acerca del conocimiento que el cliente tiene del producto financiero y de sus riesgos.

Como hemos declarado en otras ocasiones, los deberes de información del art. 79 bis.3 LMV que pesan sobre la entidad prestadora de servicios financieros, en el caso de que el cliente sea minorista, y en el presente lo era, se traducen en una obligación activa, que no se cumple con la mera puesta a disposición del cliente de la documentación contractual (sentencias 244/2013, de 18 de abril ; 769/2014, de 12 de enero ; y 489/2015, de 16 de septiembre).

4. También volvemos a reiterar que la existencia de los reseñados especiales deberes de información tiene una incidencia muy relevante sobre la apreciación del error vicio, a la vista de la jurisprudencia de esta sala, que se halla contenida en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 :

«El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

»El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

»Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida»

5. El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como las dos permutas financieras contratadas por la sociedad recurrente, el deber de suministrar al cliente inversor no profesional 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 inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. De tal forma que 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.

También en este caso, como en el que fue objeto de enjuiciamiento en la citada sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , se aprecia el error en quienes contrataron por la sociedad recurrente, en cuanto que, como ya hemos visto, no ha quedado probado que recibieran esta información clara y completa sobre el producto y los concretos riesgos de su contratación. 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 la entidad financiera.

6. Es jurisprudencia constante de esta sala que «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 de los swap (la gravedad de las liquidaciones negativas en un escenario como el que se dio a partir de noviembre de 2009, con la drástica caída de los tipos de interés), sin que se hayan acreditado otras circunstancias que desvirtuaran esta presunción.

7. Respecto de este último punto, hemos de advertir que la relativa importancia de la empresa que desarrolla la sociedad que contrató los dos swaps y la experiencia que en la financiación de alguna operación inmobiliaria e industrial pudiera tener el administrador, no son suficientes para contradecir la presunción de que cuando contrató no se representó bien los riesgos que conllevaban los dos productos financieros que adquirió por consejo del banco.

Como hemos razonado en otras ocasiones, «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). No cabe, como hace el tribunal de instancia en este caso, fundar la inexcusabilidad del error del administrador al contratar los swaps, en que si no conocía lo que contrataba, podía haber recabado asesoramiento financiero antes de firmar:

«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" (Sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 676/2015, de 30 de noviembre).

8. El error sobre los eventuales riesgos del producto y sobre la onerosidad del coste de cancelación, afecta a elementos esenciales y es relevante.

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.

9. La estimación del recurso conlleva la casación de la sentencia de apelación en el sentido de acordar la desestimación total del recurso de apelación interpuesto por Banco Santander y la confirmación de la sentencia de primera instancia.

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 íntegramente el recurso de apelación formulado por Banco Santander, imponemos a la apelante las costas de su recurso (art. 398.2 LEC).

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 formulado por Gas Vapor, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (sección 5.ª) de 24 de febrero de 2015 (rollo 3222/14), que casamos y dejamos sin efecto.

2.º- Desestimar el íntegramente el recurso de apelación formulado por Banco Santander contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Sevilla de 9 de enero de 2014 (juicio ordinario 792/2012), cuya parte dispositiva confirmamos.

3.º- Imponer a Banco Santander las costas de su recurso de apelación (art. 398.1 LEC).

4.º- No imponer las costas de casación a ninguna de las partes.



5.º- Acordar la devolución del depósito constituido para recurrir.

Y 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ