



Roj: **STS 2721/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2721**

Id Cendoj: **28079110012017100402**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/06/2017**

Nº de Recurso: **509/2015**

Nº de Resolución: **387/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 2175/2014,**
STS 2721/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 20 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 227/12, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Santa Cruz de Tenerife; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de Banco de Santander S.A., representado ante esta sala por el procurador de los Tribunales don Eduardo Codes Feijoo; siendo parte recurrida la mercantil Explotaciones Jocar Canarias S.L. representada por la procuradora de los Tribunales doña Isabel Afonso Rodríguez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1- La representación procesal de la entidad mercantil Explotaciones Jocar Canarias S.L. interpuso demanda de juicio ordinario contra la mercantil Banco Santander S.A., y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde lo siguiente:

«1) La nulidad del Contrato Marco de Operaciones Financieras (doc. 3 de la demanda), del Contrato de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés ("Swap de Tipos de Interés con Opción de Conversión Unilateral") (doc. 4 de la demanda), y del Contrato de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés ("Swap Tipo Fijo Escalonado"), (doc. 21 de la demanda), por manifiesto vicio en el consentimiento, con obligación de las partes contratantes de restituirse recíprocamente lo que hayan percibido y se CONDENE a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a restituir a mi representada el importe de las liquidaciones y cancelaciones anticipadas que haya percibido en virtud de los contratos suscritos más lo intereses legales, debiendo la demandada igualmente restituir cuantos intereses, comisiones y gastos haya cargado en la cuenta corriente de mi mandante como consecuencia de los contratos suscritos, sin perjuicio de la obligación de mi representada de devolver igualmente las prestaciones recibidas, así como al pago de las costas procesales.

»2) Subsidiariamente, y para el hipotético supuesto de que la nulidad solicitada no fuese estimada, se DECLARE la resolución del Contrato Marco de Operaciones Financieras (doc. 3 de la demanda), del Contrato de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés ("Swap de Tipos de Interés con Opción de Conversión Unilateral") (doc. 4 de la demanda), y del Contrato de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés ("Swap Tipo Fijo Escalonado"), (doc. 21 de la demanda), con efectos de carácter retroactivo, por la



imposibilidad sobrevenida de alcanzar el fin perseguido con el concierto contractual -en términos del Tribunal Supremo- de manera que las partes deberán recíprocamente devolverse lo que hubieran percibido en virtud de dichos contratos, como si los contratos no se hubiesen celebrado, de modo que no quede en beneficio de un contratante las prestaciones que del otro haya recibido antes de la resolución, lo que equivaldría a proteger un enriquecimiento injusto y se CONDENE a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a devolver a mi representada el importe de las liquidaciones y cancelaciones anticipadas que haya percibido en virtud de los contratos suscritos más lo intereses legales, debiendo la demandada igualmente restituir cuantos intereses, comisiones y gastos haya cargado en la cuenta corriente de mi mandante como consecuencia de los contratos suscritos, sin perjuicio de la obligación de mi representada de devolver igualmente las prestaciones recibidas, así como al pago de las costas procesales.

»3) Subsidiariamente, y para el hipotético supuesto de que la resolución de los contratos no fuese estimada, se DECLARE el vencimiento anticipado del Contrato Marco de Operaciones Financieras (doc. 3 de la demanda), del Contrato de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés ("Swap de Tipos de Interés con Opción de Conversión Unilateral") (doc. 4 de la demanda), y del Contrato de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés ("Swap Tipo Fijo Escalonado"), (doc. 21 de la demanda), a efectos de 18 de mayo de 2.007, por incurrir la demandada en causa de vencimiento anticipado según la Estipulación NOVENA, apartado 9.4 del Contrato Marco de Operaciones Financieras, por falsedad, incorrección o inexactitud de sus declaraciones en relación a los contratos de autos, dejándose sin efecto la estipulación UNDÉCIMA, apartado 11.3, del Contrato Marco de Operaciones Financieras, relativa a la fecha de vencimiento anticipado, y considerándose nula y teniendo por no puesta la estipulación DECIMOCUARTA del mismo documento, relativa al cálculo de la cantidad a pagar; y, en todo caso, el vencimiento anticipado del Contrato Marco de Operaciones Financieras a fecha de interposición de la presente demanda según lo expuesto en el hecho décimo de la misma; y se CONDENE a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, sin cobro de cantidad alguna en virtud de dicho vencimiento anticipado, y a devolver a mi representada el importe de las liquidaciones y cancelaciones anticipadas que haya percibido en virtud de los contratos suscritos más lo intereses legales, debiendo la demandada igualmente restituir cuantos intereses, comisiones y gastos haya cargado en la cuenta corriente de mi mandante como consecuencia de los contratos suscritos, sin perjuicio de la obligación de mi representada de devolver igualmente las prestaciones recibidas, así como al pago de las costas procesales.

»4) Subsidiariamente, al punto anterior, y para el hipotético supuesto de que no fuese estimada la consideración de nulidad y de tenerse por no puesta la estipulación DECIMOCUARTA del Contrato Marco de Operaciones Financieras, se DECLARE el vencimiento anticipado del Contrato Marco de Operaciones Financieras (doc. 3 de la demanda), del Contrato de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés ("Swap de Tipos de Interés con Opción de Conversión Unilateral") (doc. 4 de la demanda), y del Contrato de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés ("Swap Tipo Fijo Escalonado"), (doc. 21 de la demanda), a efectos de 18 de mayo de 2.007, por incurrir la demandada en causa de vencimiento anticipado según la Estipulación NOVENA, apartado 9.4 del Contrato Marco de Operaciones Financieras, por falsedad, incorrección o inexactitud de sus declaraciones en relación a los contratos de autos, dejándose sin efecto la estipulación UNDÉCIMA, apartado 11.3, del Contrato Marco de Operaciones Financieras, relativa a la fecha de vencimiento anticipado; y en todo caso, el vencimiento anticipado del Contrato Marco de Operaciones Financieras a fecha de interposición de la presente demanda según lo expuesto en el hecho décimo de la misma; y se CONDENE a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, sin cobro de cantidad alguna en virtud de dicho vencimiento anticipado, abonando a mi representada las cantidades correspondientes por el vencimiento anticipado en los términos aquí solicitados y de conformidad con la estipulación DÉCIMOCUARTA del Contrato Marco de Operaciones Financieras, relativa al cálculo de la cantidad a pagar, que entendemos deberá ser fijada por un experto independiente, ante la incapacidad de mi mandante para entender y aplicar las referidas fórmulas de cálculo, reintegrándole a mi representada el importe de las liquidaciones y cancelaciones anticipadas que haya percibido en virtud de los contratos suscritos más lo intereses legales, debiendo la demandada igualmente restituir cuantos intereses, comisiones y gastos haya cargado en la cuenta corriente de mi mandante como consecuencia de los contratos suscritos, sin perjuicio de la obligación de mi representada de devolver igualmente las prestaciones recibidas, así como al pago de las costas procesales.

»5) Y subsidiariamente a los puntos 3) y 4), para el caso de que la anterior pretensión no prosperase, se declare:

»La nulidad y/o no incorporación a los contratos de las cláusulas que a continuación se exponen, tanto por ser abusivas, como por ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles en virtud de lo dispuesto en los artículos 7, 8, 9 y 10 de la Ley 711998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación; y para el caso de que el Juzgador determinase que aún así el contrato puede subsistir sin tales cláusulas, solicitamos que se integre el contrato y modulen sus efectos, a fin de equilibrar las prestaciones de una parte y las respectivas contraprestaciones de la otra, de manera que mi mandante sólo deba abonar a la demandada

las mismas liquidaciones que, en su momento, el Banco le abonó, y si en ese caso tampoco pudiera alcanzarse una situación equitativa que no pueda ser subsanada, se declare la ineficacia de los contratos.

»Las mencionadas cláusulas son:

»1.- Del contrato Marco de Operaciones Financieras.

»1.1 Cláusula decimocuarta en su integridad, por ser ilegible, ambigua oscura e incomprensible

»1.2 Cláusula decimosexta, apartado sexto, por vulnerar la normativa imperativa sobre el deber de información,

»1.3 Anexo II rubricado "DEFINICIONES PARA LA INTERPRETACIÓN DE LAS CONFIRMACIONES DE OPERACIONES DOCUMENTADAS AL AMPARO DEL CONTRATO MARCO DE OPERACIONES FINANCIERAS" por su falta de transparencia, claridad y sencillez.

»2.- De la Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés ("Swap de Tipos de Interés con Opción de Conversión Unilateral")

»2.1 Los apartados referidos como: Importes Variables pagaderos por Santander Central Hispano, Importes pagaderos por el Cliente, Opción de Conversión Unilateral por parte del Banco, Importes Fijos pagaderos por el Cliente e Importes Variables pagaderos por el Cliente, por abusivos y por ser ilegibles, oscuros e incomprensibles.

»2.2 Las cláusulas adicionales del contrato, concretamente la relativa a "Conocimiento de los riesgos de la Operación", al ser su contenido incierto, por cuanto la demandada no cumplió con su obligación previa de informar sobre los riesgos del producto, sin perjuicio de que contraviene lo dispuesto en los artículos ya referidos de la Ley del Mercado de Valores.

»2.3 El Anexo a dicho contrato, titulado "FUNCIONAMIENTO PRODUCTO SWAP CONVERTIBLE" sobre los escenarios de liquidación, por ser abusivos, ilegibles e incomprensibles, incluido el apartado "Consideraciones", al adolecer el mismo de claridad y no reflejar la fórmula o criterios para la liquidación.

»3.- De la Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés ("Swap Tipo fijo Escalonado")

»3.1 Los apartados A, Importes Variables pagaderos por Santander, B, Importes Fijos pagaderos por el Cliente, por abusivos y por ser ilegibles, oscuros e incomprensibles.

»3.2 El Anexo a dicho contrato, titulado "FUNCIONAMIENTO SWAP TIPO FIJO ESCALONADO" sobre los escenarios de liquidación, por ser abusivos, ilegibles e incomprensibles, incluido el apartado "Consideraciones", al adolecer el mismo de claridad y no reflejar la fórmula o criterios para la liquidación.

»CONDENÁNDOSE a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y al pago de las costas procesales.»

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal del demandado contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando

«... dicte en su día sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda, con expresa condena en costas.»

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia con fecha 20 de mayo de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Dña. Renata Martín Vedder en nombre de Explotaciones Jocar Canarias SL, debo declarar y declaro la nulidad del Contrato Marco de Operaciones Financieras, del Contrato de Confirmación de permuta Financiera de Tipos de Interés ("Swap de Tipos de Interés con Opción de Conversión Unilateral") y del Contrato de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés ("Swap Tipo Fijo Escalonado"), por manifiesto vicio en el consentimiento, con obligación de las partes contratantes de restituirse recíprocamente lo que hayan percibido y se condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a restituir a la actora el importe de las liquidaciones y cancelaciones anticipadas que haya percibido en virtud de los contratos suscritos más los intereses legales, debiendo la demandada igualmente restituir cuantos intereses, comisiones y gastos haya cargado en la cuenta corriente del actor como consecuencia de los contratos suscritos, sin perjuicio de la obligación de la actora de devolver igualmente las prestaciones recibidas, así como al pago de las costas procesales.



SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la demandada y, sustanciada la alzada, la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia con fecha 12 de diciembre de 2014, cuyo Fallo es como sigue:

«1º.- Estimar parcialmente el recurso de apelación formulado por el Procurador D. Javier Hernández Berrocal en nombre representación de Banco Santander Central Hispano S.L.

»2º.- Revocar parcialmente la sentencia dictada el 20 de mayo de 2014 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Santa Cruz de Tenerife en Autos de Juicio Ordinario nº 227/2012.

»3º.- No formular expresa condena en costas en la primera instancia.

»4º.- Mantener el resto de la resolución.

»5º.- No formular expresa condena en costas en esta alzada.»

TERCERO.- El procurador don Javier Hernández Berrocal, en nombre y representación de Banco Santander S.A. interpuso recurso de casación, fundado, como motivo único, al amparo del artículo 477.2.3.º LEC, en la infracción de los artículos 1.265 y 1.266 CC y la jurisprudencia que los interpreta, con cita de varias sentencias de esta sala.

CUARTO.- Por auto de 2 de noviembre de 2016 se admitió a trámite dicho recurso, dando traslado a la parte recurrida Explotaciones Jocar Canarias S.L., que se opuso al mismo.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 6 de junio de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Explotaciones Jocar Canarias S.L. interpuso demanda contra Banco Santander S.A. solicitando la declaración de nulidad, por vicio de consentimiento, del contrato marco de operaciones financieras de fecha 18 de mayo de 2007, del contrato de confirmación de permuta financiera de tipo de interés de la misma fecha, «Swap de tipos de interés con Opción de Conversión Unilateral», y del celebrado en fecha fecha 24 de abril de 2009 denominado como «Swap tipo fijo escalonado».

La entidad demandada, Banco Santander S.A., se opuso y el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia en fecha 20 de mayo de 2014 por la que estimó la demanda y declaró nulos los contratos objeto del litigio por vicio del consentimiento, con obligación de las partes de restituirse recíprocamente lo que hubieran percibido, condenando a la entidad demandada al pago de intereses, comisiones y gastos, sin perjuicio de la obligación de la parte actora de devolver igualmente las prestaciones recibidas, así como al pago de las costas procesales. Banco de Santander S.A. recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia de fecha 12 de diciembre de 2014 por la que estimó el recurso a los solos efectos de suprimir la condena en costas causadas en la primera instancia, confirmando en todo lo demás la sentencia dictada por el Juzgado.

La Audiencia razona en el sentido de que la aptitud del legal representante de la entidad actora para conocer y comprender la permuta financiera de intereses resulta incuestionable. Considera que se dio una información veraz del producto, de su funcionamiento y de sus riesgos, acorde con la capacidad y conveniencia del cliente, pero cuestiona la idoneidad de dicho cliente y del producto, al no quedar acreditado que la actora tuviera un riesgo empresarial que se correspondiera con el que se pretendía cubrir con la permuta. El error del cliente, según la sentencia impugnada, resultaba por ello excusable dada la incorrecta información del banco, no en relación con la permuta financiera en sí, su funcionamiento y su riesgo, sino en referencia a un elemento esencial del contrato, cual es el valor nocional en relación con el que se contrató, pues representaba un importe muy superior a los posibles riesgos reales de la empresa por su contratación a interés variable y, en consecuencia, el producto no era idóneo para la empresa demandante ni cumplía adecuadamente su función de cobertura. Fue un elemento pactado entre el banco y el cliente y, sobre tal elemento esencial del objeto del contrato, no consta que se advirtiera de la idoneidad del cliente para fijarlo en su cuantía, ni que se diera una información veraz y transparente que permitiera al demandante conocer el real alcance del contrato que suscribía, y que convertía la cobertura de un riesgo en un riesgo nuevo.

Contra la anterior sentencia, Banco de Santander ha interpuesto el presente recurso de casación.

SEGUNDO.- El recurso contiene un solo motivo, que se funda en la infracción de los artículos 1265 y 1266 CC, y en la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala en relación con los requisitos precisos para apreciar la existencia de error como vicio del consentimiento, con cita de las



sentencias de 20 de noviembre de 1989, 22 de mayo de 2006, 21 de noviembre de 2012, 29 de octubre de 2013 y 17 de febrero de 2014; con el carácter excepcional de la apreciación de los vicios del consentimiento, citando las sentencias de 12 de febrero de 1979 y 6 de febrero de 1998; y con doctrina que establece la presunción "iuris tantum" de validez de los contratos, según sentencias de 25 de noviembre de 2000 y 21 de abril de 2004.

Sostiene Banco Santander S.A. que en el presente caso no concurren los requisitos exigidos por la jurisprudencia para apreciar la existencia de vicio invalidante del consentimiento y quien representaba a la entidad demandante conocía las características del producto habiendo sido debidamente informado sobre los riesgos que asumía. Viene a solicitar, para justificar el interés casacional que alega, la declaración de que la sentencia recurrida es contraria a la jurisprudencia de esta sala relativa a la aplicación de los artículos 1265 y 1266 CC, sobre el error vicio del consentimiento, por lo que debía reiterarse dicha jurisprudencia en el sentido de que para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1265 CC, es indispensable que sea (i) esencial, recayendo sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración; (ii) que sea excusable, es decir, que no sea imputable a quien lo padece por haber empleado la diligencia media o regular atendiendo a las circunstancias de las personas; y (iii) que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado; siendo, en todo caso, excepcional la apreciación de dicho vicio del consentimiento.

Es cierto que tal doctrina acerca de los requisitos del error invalidante, reiterada por esta sala en las sentencias que se citan en el recurso y en otras muchas, no queda exenta de notables matizaciones en el caso de los contratos bancarios complejos como los que son objeto del presente proceso y buena prueba de ello es que tanto la normativa europea como nuestro ordenamiento exigen de la entidad bancaria un especial deber de información adecuado al tipo de cliente y de producto de que se trata.

Resulta llamativo que la Audiencia centre la existencia del error al contratar simplemente en que el valor nominal de 2.000.000 euros sobre el que se concertaba la operación, no resultaba adecuado para el riesgo propio de la entidad demandante, sentando como acreditado que todos los demás elementos y riesgos del contrato sí eran conocidos y habían sido debidamente calibrados por el representante de Explotaciones Jocar Canarias S.L.

La sentencia impugnada, en su extenso fundamento de derecho 5.º, viene a señalar lo siguiente:

A) El representante legal de la actora, Sr. Jiménez Arranz, es licenciado en Económicas lo que, aun cuando no avale su conocimiento expreso en la permuta financiera, ni de los términos en los que se redacta la misma o el contrato marco, sí acredita unos conocimientos básicos que le sirven para discernir su propia capacidad para comprender o no los mencionados contratos y sus términos, y así poder contratar sabiendo lo que contrata, o en su caso, «sabiendo que no lo sabe». Por otra parte, su actividad no se limita a la empresa actora, sino que también es representante de otra, y administrador único, solidario o mancomunado de otras empresas, lo que amplía el ámbito de sus conocimientos y necesariamente, por la práctica, su capacidad de comprensión de un contrato.

B) En ningún caso puede apreciarse que se confundió con un seguro gratuito ni que ignorara los riesgos que se asumían y, si las simulaciones se hicieron con importes inferiores al nominal contratado y sólo con índices previsibles, no obsta para el conocimiento por su parte de que a mayor nominal mayor ganancia, mayor pérdida, y mayor riesgo. Que el pacto de cancelación tenía un coste, era indiscutible, y el mero hecho de no poder determinar su importe exacto, pues el mismo está fijado a valor de mercado y depende del plazo restante, no puede apreciarse que genere un error esencial.

C) No obstante, considera la Audiencia que queda acreditada la inidoneidad de la empresa para la contratación de un producto especulativo, por lo que cabe apreciar que efectivamente la demandada no cumplió debidamente la función por ella asumida -al ofrecer el producto- de informar debidamente sobre que las permutas que el cliente suscribía no eran meras coberturas de intereses sino unos contratos especulativos y de riesgo, en especial, el de 2009. En definitiva el error del cliente «excusable por la incorrecta información del banco» no es la permuta financiera en sí, su funcionamiento y riesgo, el error está en un elemento esencial del contrato, el nominal, que con un importe muy superior a los posibles riesgos reales de la empresa por su contratación a interés variable, no era idóneo para la citada empresa, y no cumplía su función de cobertura, siendo un contrato especulativo con unos riesgos que tampoco queda acreditado fueran asumibles ni por la empresa ni por su representante legal, tal como se desprende de la cuantía de las liquidaciones negativas y de la necesidad de cancelar anticipadamente ambas permutas.

D) No consta que sobre tal elemento esencial del contrato: 1º) Se advirtiera de la idoneidad del cliente para fijarlo en su cuantía; y 2º) Se diera una información veraz y transparente que permitiera al demandado conocer el real alcance del contrato que suscribía, y que convertía la cobertura de un riesgo en un riesgo nuevo.



TERCERO.- Esta sala en su sentencia núm. 626/2013, de 29 de octubre (Rec. 1972/2011), citada por la parte recurrente, viene a decir lo siguiente:

«Se entiende que quien contrata soporta el riesgo de que sean acertadas o no las representaciones que, al consentir, se hizo sobre las circunstancias en consideración a las cuales le había parecido adecuado a sus intereses quedar obligado. Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962 , 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997 , entre otras -. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos en el desenvolvimiento de la relación contractual resulten contradictorios con la reglamentación creada. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano. Repetimos que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre para quien la efectuó como razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecte sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo, en caso de operaciones económicas, de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia».

Aunque esta sala ha descartado -por todas, la sentencia núm. 610/2015 de 30 octubre - que la mera concurrencia de la condición de economista en el contratante implique por sí sola que el error padecido en la contratación resulte inexcusable, lo que no resulta aceptable desde el punto de vista negocial es que, dado por sentado el conocimiento sobre la naturaleza y funcionamiento del producto, el error excusable radique en la contratación sobre un alto valor nocional cuando basta un elemental conocimiento sobre las operaciones de esta clase, al alcance de cualquier inversor incluso inexperto, para saber que la posibilidad cuantitativa de ganancias y pérdidas está en directa relación con el hecho de que tal valor nocional (valor sobre el que se practican las liquidaciones) sea más o menos elevado.

Dice al respecto la sentencia de esta sala núm. 323/2015 de 30 junio , lo siguiente:

«El error que, siendo excusable, vicia el consentimiento es el que recae sobre la naturaleza y los riesgos del producto. Lo que no vicia el consentimiento, y no es por tanto adecuado para justificar la anulación del contrato, es la conducta de quien, conociendo el componente de elevada aleatoriedad del contrato y la naturaleza de sus riesgos, considera que puede obtener ganancias derivadas de esas características del contrato, yerra en el cálculo y, al contrario de lo que previó, obtiene pérdidas, no ganancias. Lo expuesto lleva a concluir que no existió error que viciara el consentimiento y permitiera la anulación del contrato, pues, de haber existido una representación errónea por parte del contratante, lo que es más que improbable a la vista de su cualificación profesional y de las comunicaciones escritas que mantuvo con la entidad financiera demandada, tal error no sería excusable en atención a esa cualificación profesional».

Tales consideraciones han de aplicarse al caso presente dado que el legal representante de la actora conocía los riesgos que asumía y, en consecuencia, no sufrió un error en el consentimiento a la hora de suscribir el contrato, sino una equivocación en cuanto al comportamiento posterior de ciertos índices que eran los que determinaban el beneficio o la pérdida económica derivada de dicha contratación. En consecuencia, el recurso ha de ser estimado.

CUARTO.- La estimación del recurso determina que no se formule condena en costas causadas por el mismo (artículos 394 y 398 LEC) y la devolución a la parte recurrente del depósito constituido para su interposición (Disposición Adicional 15.ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial). Las costas de primera instancia se imponen a la parte demandante por aplicación del principio del vencimiento, sin que proceda condena respecto de las costas causadas en la apelación.

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

esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Banco de Santander S.A. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 3.ª), en fecha 12 de diciembre de 2014, en el recurso de apelación núm. 555/2014 . **2.º-** Casar la sentencia recurrida y, en su lugar, desestimar la demanda interpuesta por Explotaciones Jocar Canarias S.L. contra Banco Santander S.A. **3.º-** Condenar a la parte demandante al pago de las costas causadas en la primera instancia, sin especial pronunciamiento sobre las correspondientes a la alzada. **4.º-** No hacer especial pronunciamiento sobre las costas del presente recurso, con devolución a la



parte recurrente del depósito constituido para su interposición. 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ