



Roj: **STS 4583/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4583**

Id Cendoj: **28079110012015100597**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/10/2015**

Nº de Recurso: **667/2012**

Nº de Resolución: **560/2015**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 73/2012,**
STS 4583/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Octubre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Gijón.

El recurso fue interpuesto por la entidad Bankinter, S.A., representada por la procuradora Rocío Sampere Meneses.

Es parte recurrida la entidad Tecor System, S.L., representada por la procuradora Mercedes Caro Bonilla.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. El procurador Víctor Viñuela Conejo, en nombre y representación de la entidad Tecor System S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Gijón, contra la entidad Bankinter, S.A., para que se dictase sentencia:

"condenatoria contra la entidad financiera Bankinter S.A. en los siguientes términos: Se declare la nulidad del contrato de Gestión de Riesgos Financieros de fecha 21/12/2006 [documento nº 3], 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. 1303 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 de la cuenta asociada, de manera que la demandante no devenga en acreedora ni deudora de la demandada en virtud de las liquidaciones practicadas."

2. La procuradora Marina González Pérez, en representación de la entidad Bankinter S.A., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"íntegramente desestimatoria de la demanda, con absolucón de mi mandante e imposición de las costas a la actora."

3. El Juez de Primera Instancia núm. 10 de Gijón dictó Sentencia con fecha 3 de febrero de 2011, con la siguiente parte dispositiva:



"FALLO: Estimo íntegramente la demanda deducida a instancias de Tecor System S.L. contra la entidad Bankinter, S.A., y, en consecuencia, declaro la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros suscrito por las partes en el mes de diciembre de 2006 al que se contrae este procedimiento, dejando sin efecto todas y cada una de las liquidaciones practicadas en la cuenta correspondiente con la restitución recíproca de las partidas de cargo y abono que generó. Con imposición de costas a la demandada."

Tramitación en segunda instancia

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Bankinter, S.A.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias, mediante Sentencia de 20 de enero de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLO: Se desestima el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Bankinter S.A. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Gijón en autos de procedimiento ordinario número 906/2010 y, en consecuencia, se confirma íntegramente la citada resolución con expresa imposición de las costas de esta instancia a la parte apelante."

Interposición y tramitación del recurso de casación

5. La procuradora Marina González Pérez, en representación de la entidad Bankinter, S.A., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7ª.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción de los arts. 78 bis y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores modificada por Ley 47/2007 de 19 de diciembre, y los arts. 72 y 73 del 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.

2º) Infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil, en relación con el art. 1281 del Código Civil."

6. Por diligencia de ordenación de 28 de febrero de 2012, la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7ª, 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.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la entidad Bankinter, S.A., representada por la procuradora Rocío Sampere Meneses; y como parte recurrida la entidad Tecor System, S.L., representada por la procuradora Mercedes Caro Bonilla.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 8 de octubre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Bankinter, S.A. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 20 de enero de 2012, por la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, con sede en Gijón, en el rollo de apelación n.º 257/2011, dimanante del juicio ordinario n.º 906/2010, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Gijón."

9. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Tecor System S.L., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

10. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 30 de septiembre de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de antecedentes

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

El 6 de enero de 2004, Tecor System, S.L. (en adelante, Tecor) concertó con Bankinter un contrato de descuento de efectos de comercio, con un límite de disposición de crédito de 60.000 euros, en el que se pactó un tipo de interés básico sujeto a las oscilaciones del mercado interbancario. Y el 29 de agosto de 2007, Tecor contrató con Bankinter un préstamo de 24.000 euros, con interés variable.

En diciembre de 2006, a propuesta de Bankinter, Tecor concertó con esta entidad bancaria un contrato de permuta financiera denominado de gestión de riesgos financieros (Clip Bankinter 06- 14.5). Es un contrato de



permuta financiera o Swap, sobre un nocional de 400.000 euros, cuya fecha de inicio era el 28 de diciembre de 2006 y la de vencimiento 28 de diciembre de 2011. Las liquidaciones eran trimestrales, siendo cada una de ellas el neto de los dos siguientes conceptos:

Por una parte, el importe que se cargaba a cuenta del cliente, que en el primer periodo (trimestres 1-4) era 3,50%, si el Euribor a 3 meses era menor o igual al 4%, o Euribor a tres meses menos el 0'10%, si el Euribor a tres meses era mayor al 4%; y en el segundo periodo (trimestres 5 a 20) eran el 3,95% si el Euribor a tres meses era menor o igual a 4,45%, o el Euribor a tres meses menos el 0,10% si el Euribor a tres meses era mayor al 4,45%.

Y, por otra, el importe que se cargaba a favor del cliente que trimestralmente era el Euribor a tres meses.

En las condiciones particulares se hacía referencia a que trimestralmente se concedería al cliente la posibilidad de cancelar el contrato (los días 15 de los meses de enero, abril, julio, y octubre), y que Bankinter ofrecería un precio de cancelación acorde con la situación de mercado en cada una de esas fechas.

No consta que el banco informara con claridad al cliente, antes o durante la contratación de este producto, de los concretos riesgos que asumía, sobre todo cuando como consecuencia de que el Euribor bajara por debajo del interés de referencia fijado en cada caso, se practicaran liquidaciones negativas. Tampoco consta que se informara al cliente del coste aproximado que podría derivarse de una cancelación anticipada.

Las ocho primeras liquidaciones fueron positivas para el cliente, y le reportaron las siguientes cantidades: 216 ?; 415,02 ?; 102,22 ?; 101,11 ?; 101,11 ?; 104,04 ?, 101,11 ? y 101,11 ? (en total, 1.340,75 ?). Las siguientes liquidaciones fueron negativas. Las tres primeras ascendieron a 941,34 ?; 2.438,80 ? y 2.834,17 ?. El cliente tan sólo pagó la primera liquidación negativa y dejó de abonar las siguientes, lo que motivó la cancelación anticipada y que se le cargará una penalización de 19.603,25 ?.

2. Tecor solicitó en su demanda la nulidad del contrato Clip Bankinter de diciembre de 2006 por error vicio en el consentimiento, derivado del incumplimiento por parte de la entidad bancaria del deber de informar a la demandante de los concretos riesgos asumidos con el producto y del coste de cancelación.

3. La sentencia de primera instancia analiza la prueba practicada y concluye que el banco no cumplió con los deberes de información sobre las características del producto, los concretos riesgos que asumía el cliente con la bajada del Euribor por debajo del tipo fijo de referencia, y de los costes aproximados de cancelación. También concluye que medió error vicio por la demandante en la prestación de su consentimiento. Declara la nulidad del contrato y de las liquidaciones practicadas, y ordena la restitución de las prestaciones.

4. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia desestima el recurso y confirma la nulidad del contrato. La sentencia de apelación, después de reiterar la doctrina que en otras ocasiones había dado con ocasión de la nulidad de un contrato similar, razona que en este caso «no se suministró adecuada información sobre los riesgos del producto, ni en la fase contractual, ni puede deducirse del tenor del contrato (...), ni tampoco en las sucesivas liquidaciones. Se trata de un contrato de permuta financiera (SWAP) celebrado entre los administradores de una pequeña empresa de aislamientos, sin especiales conocimientos financieros, que tenía con la entidad demandada y apelante un contrato en el 2004 de descuento y arrendamiento mobiliario (documento 2) y suscriben el SWAP en el mes de diciembre del 2006 (documento 3), fruto de una oferta del banco en el que ante la previsión alcista del mercado, le garantizaba precaverse de una eventual subida del EURIBOR, sin información mínima sobre los riesgos y forma de comportarse el producto, y menos aún sobre el coste real de la cancelación, que no se suple por la regencia genérica a que la cancelación anticipada representa un coste al cliente en el documento 5 de la contestación, que le supone un cargo de 19.603,25 euros, sin que el hecho de percibir iniciales liquidaciones positivas de pequeña cuantía, convalide la realidad del error y su eficacia, como esta misma Sala viene reiterando, debiendo confirmarse la sentencia apelada por sus propios razonamientos en cuanto coinciden sustancialmente con los que esta Sala declara en las sentencias ya citadas».

5. La sentencia de apelación es recurrida en casación por el banco, sobre la base de dos motivos. Estos motivos, en su formulación y desarrollo, son idénticos a los que esta misma entidad bancaria formuló en el recurso de casación 621/2012, que ha sido objeto de resolución por esta Sala en su Sentencia núm. 547/2015, de 20 de octubre . Sin perjuicio de las referencias concretas al caso, reiteraremos la doctrina expuesta en aquella sentencia.

Recurso de casación

6. *Formulación del motivo primero* . El motivo se funda en la «infracción de los arts. 78 bis y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores , modificada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, y los arts. 72 y 73 del 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, teniendo estas normas una vigencia inferior a cinco años».

En el desarrollo del motivo se razona que la infracción de los preceptos citados deriva de su aplicación indebida, pues no estaban en vigor a la fecha de la suscripción del contrato. Y añade que tampoco resultaría de aplicación porque el contratado no era un producto de inversión, ya que «la parte que lo suscribe no persigue con él la obtención de una ganancia, sino mitigar o anular el riesgo de la subida de los tipos de intereses de los otros contratos bancarios que tiene la parte actora en los que está pactado un interés variable, a través de un sistema de liquidaciones previsiblemente prefijado y detallado en el contrato».

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

7. Desestimación del motivo primero . El motivo se funda en el presupuesto de que la sentencia de apelación ha aplicado la normativa MiFID (Directiva 2004/39/CE , relativa a los mercados de instrumentos financieros), traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, y por el RD 217/2008, de 15 de febrero, cuando en realidad la sentencia recurrida no ha aplicado esta normativa sino la pre MiFID, en la que, según jurisprudencia de esta Sala, ya existían las exigencias de información en la contratación de productos financieros complejos, cuyo incumplimiento puede incidir en la apreciación del error vicio, como ha explicado esta Sala en numerosas ocasiones.

El contrato denominado de gestión de riesgos financieros (Clip Bankinter) data de diciembre de 2006, y por ello es anterior a la promulgación y entrada en vigor de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre.

Como ya advertimos en la Sentencia 460/2014, de 10 de septiembre , con anterioridad a la trasposición de esta Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores daba «una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza».

El art. 79 LMV ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de "a asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]".

Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

" 1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos" .

En consecuencia, no puede prosperar un motivo de casación que se funda en la infracción de la normativa MiFID, relativa a los deberes de información que recaen sobre las entidades de inversión financiera, porque fue indebidamente aplicada al no estar en vigor al tiempo de concertarse el contrato de Clip Bankinter,



cuando se constata que la sentencia recurrida para justificar la existencia de los deberes de información y su incumplimiento no aplicó la normativa MiFID sino la pre MiFID, que acabamos de reseñar.

Por otra parte, el contrato concertado por las partes podía incluirse dentro de la denominación genérica de permuta financiera o Swap sobre tipos de interés, que, al margen del motivo por el que se concertó o la explicación que se dio al ser comercializado, no deja de tener la consideración de producto financiero complejo, sobre cuya comercialización por las empresas y entidades de inversión pesan los deberes de información expuestos. Dicho 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 o son meramente especulativos, regían los deberes de información de la normativa pre MiFID.

8. Formulación del motivo segundo. El motivo denuncia la infracción de los arts. 1265 y 1266 CC, en relación con el art. 1281 CC, por ser la sentencia recurrida contraria a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que los interpreta.

En el desarrollo del motivo, se razona que la apreciación del error vicio en este caso es equivocada por las siguientes razones: i) la sentencia se limita a realizar un razonamiento abstracto y teórico sobre la falta de información, sin determinar cuál es el error en que habría incurrido la actora o en qué consiste dicho error, y se limita a equiparar el defecto de información al error en el consentimiento; ii) la sentencia es contraria a la jurisprudencia sobre el concepto y los límites del error vicio, pues el supuesto error apreciado, de existir, no sería esencial y, en consecuencia, no tendría eficacia invalidante; iii) conforme a la jurisprudencia, es necesario que el error no hubiera podido ser evitado con la diligencia exigible, la simple lectura del contrato; iv) la sentencia también infringe la exigencia jurisprudencial de que exista un nexo causal entre el error y la formalización del contrato.

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

9. Desestimación del motivo segundo. *Jurisprudencia sobre el error vicio.* La jurisprudencia sobre los arts. 1265 y 1266 CC, esto es, sobre el error vicio, en relación con productos financieros como el que suscribieron las partes, una permuta financiera de intereses, se halla contenida en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, que conviene traer a colación, para analizar a continuación las objeciones formuladas en este segundo motivo de casación:

«La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1266 CC, en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal, esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap, en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre, y 626/2013, de 29 de octubre: Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

[...]

»En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

»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.

»Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias -pasadas, concurrentes o esperadas- y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.



»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. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

»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 comercial seriamente emitida

10. El deber de información y el error vicio . Como ya explicamos en la citada Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y hemos reiterado en numerosas ocasiones con posterioridad, 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, puede incidir en la apreciación del error».

El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del Swap, en particular, el coste real que podría suponer la bajada de los tipos de interés.

Como tuvimos ocasión de explicar en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , en la que se aplicaba la normativa MiFID y reiterar en la Sentencia 458/2014, de 8 de septiembre , en la que se aplicaba la normativa pre MiFID, «(o)rdinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto».

Estos deberes legales de información «responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (*The Principles of European Contract Law* -PECL- cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " *Good faith and Fair dealing* " ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: " *Each party must act in accordance with good faith and fair dealing* " ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran (...) los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar» (Sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 458/2014, de 8 de septiembre).

El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el contratado por las partes, 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. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que



contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

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

En relación con la primera de las objeciones en que se basaba este segundo motivo de casación, conviene aclarar, como ya hicimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, 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.

Frente a la segunda objeción, debemos contestar que el error, en cuanto representación equivocada al tiempo de contratar, recae sobre un elemento esencial, que son los concretos riesgos asumidos con el producto financiero, especialmente el coste que podría suponerles la bajada de tipos de interés, frente al concreto beneficio que obtendrían con su subida.

En cuanto a la tercera objeción, ya aclaramos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, que «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».

Por último, en cuanto a la cuarta objeción, la apreciación del error o defecto de representación de los verdaderos costes o riesgos asociados al producto contratado, lleva implícito en el razonamiento del tribunal de instancia que los clientes de haberlos conocido, no lo hubieran contratado, esto es, de saber lo que en cada caso tendrían que pagar según bajara más o menos el tipo de interés de referencia, el Euribor, no habrían contratado el producto.

Costas

11. Desestimado el recurso de casación, se imponen las costas del recurso a la parte recurrente (art. 398.1 LEC).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Bankinter, S.A. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (sección 7ª) de 20 de enero de 2012 (rollo núm. 257/2011) que conoció de la apelación formulada frente a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Gijón de 3 de febrero de 2011 (juicio ordinario núm. 906/2010), con imposición de las costas de la casación a la parte recurrente.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia de procedencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Francisco Marin Castan.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Pedro Jose Vela Torres.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.