



Roj: **STS 4338/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4338**

Id Cendoj: **28079110012015100568**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/10/2015**

Nº de Recurso: **621/2012**

Nº de Resolución: **547/2015**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BU 1047/2011,**
STS 4338/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte 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 Audiencia Provincial de Burgos, sección 2ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Burgos.

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

Es parte recurrida Sergio y Ana , representados por la procuradora Nuria Munar Serrano.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. El procurador David Nuño Calvo, en nombre y representación de Sergio y Ana , interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Burgos, contra la entidad Bankinter S.A., para que se dictase sentencia:

"por la que: 1.- Se declare la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros (condiciones generales y particulares) con fecha inicio de vigencia 17 de octubre de 2007 suscrito entre mis representados y Bankinter.

2.- Se condene a Bankinter S.A. a estar y pasar por dicha declaración.

3.- Como consecuencia de lo anterior, se declare la nulidad de los cargos y abonos efectuados en la cuenta de mis representados asociada al producto contratado, procediéndose, por tanto, a la restitución recíproca entre las partes contratantes de las cantidades percibidas por las mismas, debiendo, D. Sergio y Dª. Ana devolver a Bankinter S.A. las cantidades percibidas como consecuencia de las liquidaciones positivas y que esta parte calcula inicialmente en 807,39 ? y Bankinter S.A., reintegrar a D. Sergio , y Dª. Ana las cantidades cobradas como consecuencia de las liquidaciones negativas, y que esta parte calcula inicialmente en 22.393,71?, así como cualquier otra contraprestación que se hubiera producido o pudiera producirse, por el mismo o cualquier otro concepto como consecuencia del contrato suscrito, y ello junto con los intereses legales devengados desde el efectivo pago o cobro.

4.- Se condene a Bankinter S.A. al pago de las costas procesales."

2. El procurador Fernando Santamaría Alcalde, en representación de la entidad Bankinter, S.A., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:



"por la que acuerde desestimar íntegramente la demanda, todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora."

3. El Juez de Primera Instancia núm. 5 de Burgos dictó Sentencia con fecha 13 de abril de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador D. David Nuño Calvo, en nombre y representación de D. Sergio y D^a. Ana contra Bankinter S.A., representada por el Procurador D. Fernando Santamaría Alcalde, debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos deducidos en su contra en la demanda. Todo ello con imposición de costas a la parte actora."

Tramitación en segunda instancia

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Sergio y Ana .

La resolución de este recurso correspondió a la sección 2^a de la Audiencia Provincial de Burgos, mediante Sentencia de 18 de noviembre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLO: Se estima el Recurso de Apelación interpuesto por el Procurador D. David Nuño Calvo, en nombre y representación de D. Sergio y D^a. Ana contra la Sentencia de fecha 13 de abril de 2011 dictada por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de 1^a Instancia nº 5 de Burgos, en los autos de Juicio Ordinario nº 746/2010 y con estimación de la demanda, procede realizar las siguientes declaraciones y condenas:

1^a.- Se declara la nulidad del contrato de gestión de riesgos financieros (condiciones generales y particulares) con fecha inicio de vigencia 17 de octubre de 2007 suscrito entre D. Sergio y D^a. Ana y Bankinter S.A.

2^a.- Se condena a Bankinter, S.A. a estar y pasar por dicha declaración.

3^a.- Se declara la nulidad de los cargos y abonos efectuados en la cuenta de D. Sergio y D^a. Ana asociada al producto contratado, procediéndose, por tanto, a la restitución recíproca entre las partes contratantes de las cantidades percibidas por las mismas, debiendo D. Sergio y D^a. Ana devolver a Bankinter, S.A. las cantidades percibidas como consecuencia de las liquidaciones positivas, y que se calcula inicialmente en 807,39 ? y Bankinter, S.A., reintegrar a D. Sergio y D^a. Ana las cantidades cobradas como consecuencia de las liquidaciones negativas, y que se calcula inicialmente en 22.393,71 ?, así como cualquier otra contraprestación que se hubiera producido o pudiera producirse, por el mismo o cualquier concepto como consecuencia del contrato suscrito, y ello junto con los intereses legales devengados desde el efectivo pago o cobro.

4^a.- No se hace expresa imposición de costas en cuanto a las causadas en esta Alzada y se imponen las costas de la primera instancia a la parte demandada."

Interposición y tramitación del recurso de casación

5. El procurador Fernando Santamaría Alcalde, en representación de la entidad Bankinter S.A., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2^a.

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 27 de febrero de 2012, la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2^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.

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 Sergio y Ana , representados por la procuradora Nuria Munar Serrano.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 14 de mayo de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de Bankinter SA contra la Sentencia de fecha 18 de noviembre de 2011, dictada por la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª), en el rollo nº 238/11 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 746/10 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Burgos. DECLARAR FIRME dicha Sentencia . IMPONER las costas a la parte recurrente. CON PÉRDIDA del depósito constituido."

La anterior resolución fue aclarada por Auto de fecha 4 de junio de 2013, con la siguiente parte dispositiva.



"ACLARAR el error material sufrido por el Auto de fecha 14 de mayo de 2013 , en cuya parte dispositiva debe constar: «1º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de Bankinter SA contra la Sentencia de fecha 18 de noviembre de 2011, dictada por la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª), en el rollo nº 238/11 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 746/10 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Burgos. 2º) De conformidad y a los fines dispuestos en el art. 485 de la LEC 2000 , entréguese copias del escrito de interposición del recurso de casación admitido, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición por escrito en el plazo de VEINTE DÍAS, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.".

9. Dado traslado, la representación procesal de Sergio y Ana , 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 24 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. En concreto, los que tiene en cuenta la sentencia de apelación que es la recurrida en casación.

El día 17 de octubre de 2007, Sergio y Ana concertaron con Bankinter un contrato denominado de gestión de riesgos financieros (Clip Bankinter). El producto fue ofertado por el director de la oficina de Bankinter de la calle Francisco Grandmontagne núm. 28, de Burgos, con ocasión de la suscripción de un contrato de crédito hipotecario a interés variable.

El contrato se encuadra dentro de las permutas financieras de tipos de interés, sobre un nocional de 590.000 euros. La duración del contrato era de dos años y medio. La fecha de inicio era el día 17 de octubre de 2007 y la de vencimiento el 17 de abril de 2010. Las liquidaciones eran trimestrales.

No consta acreditada que existiera una información previa a la contratación del Clip Bankinter y adecuada sobre las características del producto y los concretos riesgos que asumían los clientes. El producto se comercializó como un medio para asegurar el riesgo que comportaba la fluctuación del interés variable del préstamo hipotecario que se había concertado.

Los clientes tenían experiencia como empresarios en préstamos y otros contratos de crédito, pero no en la contratación de productos financieros complejos. En la contratación de este producto los clientes del banco no intervinieron asistidos por ningún asesor financiero.

2. Sergio y Ana formularon la demanda que dio inicio al presente caso, en la que pidieron la nulidad del contrato por estar viciado su consentimiento, como consecuencia de la existencia de error vicio, derivado del incumplimiento por el banco de sus deberes de información, y de que las cláusulas del contrato no contenían información clara, concreta y sencilla sobre el producto y sus riesgos.

3. La sentencia dictada en primera instancia entendió acreditado que los clientes habían sido informados antes de la contratación del producto por los empleados del banco, que les hicieron simulaciones con liquidaciones positivas y negativas. También considera que los clientes tenían experiencia en la contratación bancaria y que fueron asesorados por una asesoría financiera. Argumenta que «no parece razonable pensar que se firmara el contrato que nos ocupa sin que el actor se asesorase o comprendiera su contenido, no pudiendo entender que el error alegado merezca la calificación de esencial o excusable, en la medida en que una mínima diligencia, consistente en la lectura de las cláusulas del contrato (...), en la comprensión de las simulaciones realizadas, se forma el cliente unas ideas del objeto del producto, y en caso de no comprenderlo la solución era asesorarse convenientemente, y si aun así no se comprendía no se debió firmar». De este modo concluye que no existió error en el consentimiento y que, de haber existido, era inexcusable.

4. Recurrida la sentencia de primera instancia por los demandantes, la Audiencia estimó la apelación y apreció el error vicio en el consentimiento de los clientes a la hora de contratar el producto Clip Bankinter. Para ello, revisa la prueba practicada y la valoración realizada por el juez de primera instancia. La sentencia de apelación entiende que no ha quedado acreditado que hubiera habido información precontractual acerca de la naturaleza del producto y de sus concretos riesgos, sobre lo que el contrato no resulta claro. Particularmente por lo que respecta a lo que el banco podría llegar a cobrar y lo que podría llegar a pagar, existiendo una clara desproporción o desequilibrio, que se constata con las liquidaciones practicadas, y de lo que no se informó a

los clientes. La sentencia de apelación también razona que el banco era conocedor de la evolución previsible de los tipos de interés, que irían a la baja, y no consta que informara de ello a los clientes.

La Audiencia concluye que existió error vicio en los clientes al contratar este producto financiero, que afectaba a un elemento esencial (los concretos riesgos que se asumían), y era inexcusable.

5. La sentencia de apelación es recurrida en casación por el banco, sobre la base de dos motivos.

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 del 17 de octubre de 2007, anterior en más de dos meses 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 *segurarse 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, como es el caso, o son meramente especulativos, regían los deberes de información de la normativa preMiFID.

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 limitan 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 negocial 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 concreto, 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 los clientes, que no son inversores profesionales, recibieran esta información clara y completa sobre los concretos riesgos. En concreto, sobre el coste real para los clientes 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 los clientes pasaron a ser conscientes 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 permita 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 Burgos (sección 2ª) de 18 de noviembre de 2011 (rollo núm. 238/2011) que



conoció de la apelación formulada frente a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Burgos de 13 de abril de 2011 (juicio ordinario núm. 746/2010), con imposición de las costas de la casación a la parte recurrente.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia 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.- Firmador 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS