



Roj: **STS 4947/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4947**

Id Cendoj: **28079110012015100654**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/11/2015**

Nº de Recurso: **1314/2012**

Nº de Resolución: **631/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 3615/2012,**  
**STS 4947/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Noviembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y recurso de casación interpuestos respecto la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 90 de Madrid.

Los recursos fueron interpuestos por la entidad Tecofarma 2000, S.L., representada por la procuradora María Isabel Campillo García.

Es parte recurrida la entidad Bankinter, S.A., representada por la procuradora Rocío Sampere Meneses.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Tramitación en primera instancia**

1. La procuradora María Isabel Campillo García, en nombre y representación de la entidad Tecofarma 2000 S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 90 de Madrid, contra la entidad Bankinter, S.A., para que se dictase sentencia:

*"y declare la nulidad por las razones expuestas, del contrato denominado Clip BK 06-55, así como de los contratos de condiciones generales del contrato de gestión de riesgos financieros y sus condiciones particulares anexas acompañadas y suscritos con fecha 25 de abril de 2006 por la actora, y se condene a la demandada a reintegrar a la actora las liquidaciones practicadas a su amparo, que se cifra hasta el presente momento en la suma de treinta y nueve mil seiscientos sesenta y nueve euros y setenta y cuatro céntimos (39.669,74 ?). A dicha cantidad habrán de añadirse los importes adiciones contrarios a la reclamante que resulten de las tres liquidaciones trimestrales a practicar antes de la extinción del Clip BK 06-55 por el transcurso de su vigencia temporal de cinco años, cuyo vencimiento es en mayo de 2011, así como los intereses legales correspondientes, con expresa imposición de costas a la demandada."*

2. La procuradora Rocío Sampere Meneses, 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. 90 de Madrid dictó Sentencia con fecha 18 de noviembre de 2011, con la siguiente parte dispositiva:



"FALLO: Que estimando íntegramente, las pretensiones deducidas en la demanda interpuesta por Tecofarma 2000 S.L., como parte demandante, contra Bankinter S.A., como parte demandada, debo declarar la nulidad del contrato suscrito en ellas el día 25 de abril de 2006, contrato de gestión de riesgos financieros denominado "Clip Bankinter 06 - 5.5" y debo condenar y condeno a dicha parte demandada al pago a la actora de la cantidad de treinta y nueve mil seiscientos sesenta y nueve euros con setenta y cuatro céntimos (39.669,74 euros) correspondientes al principal reclamado, más las liquidaciones en su caso adeudadas hasta el mes de mayo de 2011, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de la presentación de la demanda. Con expresa condena de las costas causadas en la presente instancia a la parte 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 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante Sentencia de 5 de marzo de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Bankinter S.A. representada por el Procurador de los Tribunales Sra. Sampere Meneses contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez titular del Juzgado de 1ª Instancia nº 90 de Madrid de fecha 18 de noviembre de 2011 en autos de juicio ordinario nº 1770/10 debemos revocar y revocamos la misma y en su consecuencia, desestimando la demanda en su día interpuesta por Tecofarma 2000 S.L. debemos absolver y absolvemos a la citada demandada de los pedimentos en ella contenidos, con imposición a la actora de las costas procesales causadas en la primera instancia, sin expreso pronunciamiento en cuanto a las causadas en esta alzada. Con devolución del depósito constituido."

#### **Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación**

5. La procuradora María Isabel Campillo García, en representación de la entidad Tecofarma 2000 S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18ª.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"1º) Infracción del art. 217 de la LEC .".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción del art. 1266 CC en relación con el art. 1300 CC y la doctrina jurisprudencial sobre el error como vicio en el consentimiento; del art. 7 CC y la normativa reguladora del mercado de valores, concretamente el art. 16 y los arts. 4 y 5 del Anexo I, del RD 629/1993, de 3 de mayo, el art. 48.2 Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, de 29 de julio, y el art. 79 Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores .

2º) Jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en relación con la apreciación del error como vicio en el consentimiento."

6. Por diligencia de ordenación de 24 de abril de 2012, la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, 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 Tecofarma 2000, S.L., representada por la procuradora María Isabel Campillo García; y como parte recurrida la entidad Bankinter, S.A., representada por la procuradora Rocío Sampere Meneses.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 14 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad Tecofarma 2000, S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 5 de marzo de 2012, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18ª, en el rollo de apelación nº 139/2012, dimanante del juicio ordinario 1770/2010, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 90 de Madrid."

9. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Bankinter, S.A., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

10. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 29 de octubre 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.

La entidad Tecofarma 2000, S.L. (en adelante, Tecofarma) y otra entidad del mismo grupo concertaron con Bankinter, S.A. un contrato de préstamo hipotecario el 30 de mayo de 2006, por un importe de 1.800.000 euros. La duración del contrato era de 20 años. El interés del 3,86% el primer año, y el Euribor a un año más el 0,75% el resto de los años.

El 25 de abril de 2006, Tecofarma concertó también un contrato de gestión de riesgos financieros (Clip Bankinter 0,6-5.5), sobre un nominal de 900.000 euros, que incluía un pliego de condiciones generales y otro de condiciones particulares. Si bien en un primer momento Tecofarma había rechazado este producto, fue aceptado después.

No consta que quien actuara por Tecofarma fuera un experto en finanzas.

Las liquidaciones practicadas durante los dos primeros años de vigencia del contrato, hasta el 4 de mayo de 2009, fueron favorables al cliente. Fue a partir de la liquidación de 4 de mayo de 2009 en que empezaron a ser negativas en una cuantía muy superior a aquellas liquidaciones positivas.

Al recibir estas liquidaciones negativas, el cliente se quejó al Servicio de Atención al Cliente de Bankinter, que rechazó esta reclamación. Luego dirigió una reclamación al Banco de España, que el 22 de abril de 2010 emitió un informe en el que concluía que la entidad no se ajustó a las buenas prácticas bancarias en la comercialización de este producto.

2. Tecofarma formuló una demanda en la que pedía la nulidad del contrato por varias razones: porque el consentimiento fue prestado con vicio, ya sea por error, ya sea por dolo, en cuanto hubo engaño respecto de los aspectos determinantes de las liquidaciones; y por falta de causa, al darse una imposibilidad de cumplir su función de cobertura en relación con Tecofarma.

La demanda pedía no sólo la nulidad, sino también la condena del banco a restituir el importe de las liquidaciones practicadas en su contra, que cifraba en 39.669,74 euros, así como las liquidaciones posteriores.

3. La sentencia dictada en primera instancia apreció la concurrencia de error vicio en el consentimiento prestado por Tecofarma, y por ello declaró la nulidad del contrato de 25 de abril de 2006, y condenó a Bankinter a devolver 39.669,74 euros, más las liquidaciones adeudadas hasta el mes de mayo de 2011.

Esta sentencia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial, que estimó el recurso y dejó sin efecto la sentencia de primera instancia.

4. La Audiencia analiza los requisitos del error, en concreto, la exigencia de que sea esencial y excusable. Luego advierte que correspondía a la demandante, en virtud de las reglas de la carga de la prueba contenidas en el art. 217 LEC, «la cumplida acreditación de los hechos constitutivos de su acción, que en el caso del error (...) si objetivamente la información facilitada y el contenido contractual determinan la susceptibilidad del actuar errado».

A continuación, analiza la prueba practicada y advierte que, si bien en un principio la demandante rechazó la propuesta de firmar un swap, más tarde se avino concertarlo. Añade que «no existe dato alguno que permita presumir que ese cambio de opinión se debiera a defectuosa o insuficiente información ni menos a la realización de maquinaciones insidiosas por parte de la entidad demandada, menos aún cuando las estipulaciones contractuales, generales y particulares, distan mucho de ser incomprensibles o enrevesadas para un entendido medio, presumiéndose que la entidad demandante lo es en tanto que se admite que es parte de un grupo empresarial con diversos objetos y finalidades sociales».

La Audiencia insiste en que el clausulado del contrato no es especialmente complejo, por lo que «no acierta a entenderse qué información adicional precisaba la entidad demandante o su representación para entender qué contrataba, dónde se residencia el error determinante de la prestación del consentimiento...».

Y concluye que «si la demandante sabía y aceptó mediante la firma del contrato en modo alguno ininteligible, que tanto podría percibir sumas como pagarlas, es claro que el mero hecho de que durante las primeras liquidaciones cobrase no determinaba la certeza de que siempre cobraría, menos aún cuando se había practicado una progresión de tipos de conocimiento expreso de la parte que determinaría esa variación de las circunstancias en un futuro mayor o menor». Con esto último se refería a lo que se decía en el contrato sobre el modo de practicarse las liquidaciones: el cliente debía pagar un 2,65% sobre el nominal los dos primeros



trimestres; del tercero al sexto, el Euribor a tres meses menos el 0,10% con un máximo del 4,15% y un mínimo del 3,15% (las liquidaciones eran positivas si el Euribor estaba por encima del 3,15%); y del séptimo en adelante, el Euribor a tres meses menos el 0,10% con un máximo del 5,25% y un mínimo del 4,25% (las liquidaciones eran positivas si el Euribor estaba por encima del 4,25%).

5. Frente a la sentencia de apelación, Tecofarma 2000, S.L. formula recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de un solo motivo, y recurso de casación, articulado en dos motivos, aunque propiamente solo hay un motivo, el primero, pues el segundo tan solo argumenta a favor de la existencia del interés casacional.

Bankinter, con carácter previo a la oposición al recurso, plantea la inadmisión del recurso de casación por falta de interés casacional. Esta objeción debe ser desestimada porque, como tendremos ocasión de exponer por extenso al abordar el primer motivo, sin contradecir los hechos declarados probados, existe una contradicción con la doctrina jurisprudencial que respecto del error vicio en la contratación de productos financieros complejos se contiene en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, y en otras posteriores.

### Recurso extraordinario por infracción procesal

6. *Formulación del motivo único*. El recurso no especifica en que ordinal del art. 469.1 LEC se ampara el único motivo planteado. Se funda en la «infracción del art. 217 de la LEC en cuanto a (la) aplicación de las normas legales de distribución del *onus probandi*».

En el desarrollo del motivo se razona que la sentencia de primera instancia parte de la consideración de que no ha quedado probada la falta de información completa e individualizada que hubiera permitido a la demandante tener un conocimiento razonable de lo que contrataba, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a quien no le incumbía la carga.

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

7. *Desestimación del motivo*. Como hemos afirmado en otras ocasiones, «las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria» ( Sentencia 333/2012, de 18 de mayo, y Sentencia 472/2015, de 10 de septiembre ). En el presente caso no ha existido ninguna vulneración de esas reglas legales, pues, como hemos dejado constancia en el fundamento jurídico 4, el tribunal de apelación no las aplicó, sino que, a la vista de la prueba practicada, sobre todo la documental, consideró acreditado que la información suministrada en el contrato era suficiente para conocer las características del producto y sus riesgos, y que en todo caso el error sería inexcusable. Esto último, además, debe ser revisado, en su caso, en casación, pues afecta a la interpretación jurisprudencial de los requisitos del error vicio.

### Recurso de casación

8. *Formulación del motivo primero*. El motivo denuncia la infracción, por aplicación indebida, del art. 1266 CC, norma que se considera infringida en relación con el art. 1300 CC y la doctrina jurisprudencial sobre el error como vicio en el consentimiento. También denuncia la infracción del art. 7 CC y la normativa reguladora del mercado de valores, concretamente el art. 16 y los arts. 4 y 5 del Anexo I, del RD 629/1993, de 3 de mayo, el art. 48.2 Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, de 29 de julio, y el art. 79 Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores, por incorrecta aplicación de la referida normativa al contrato objeto de litigio.

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

9. *Estimación del motivo primero*. Sin alterar los hechos acreditados en la instancia, la cuestión gira en torno a si la información suministrada a través del propio contrato de swap es suficiente para que la demandante, al tiempo de concertarlo, conociera todas las características del producto y sus concretos riesgos, y su repercusión respecto de la apreciación del error vicio del consentimiento.

En primer lugar, hemos de partir de la jurisprudencia de esta Sala sobre el alcance de los deberes de información en la comercialización de productos financieros complejos, como es el swap, en el momento en que se contrató.

El contrato denominado de gestión de riesgos financieros (Clip Bankinter) data del 25 de abril de 2006. 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, 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".

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.

**10. 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 , que conviene traer a colación, para analizar a continuación las objeciones formuladas en este 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.

«Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada (" *pacta sunt servanda* ") imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una " *lex privata* " (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos.

«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

**11.** 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. De tal forma que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

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 del producto contratado.

La información que al respecto recoge el propio contrato no es suficiente, en contra de lo argumentado por la Audiencia, pues se limita a marcar los tipos de referencia que en cada fase del contrato operarían. Esta información advierte que el cliente debía pagar: un 2,65% sobre el nominal los dos primeros trimestres; del tercero al sexto, el Euribor a tres meses menos el 0,10% con un máximo del 4,15% y un mínimo del 3,15% (las liquidaciones eran positivas si el Euribor estaba por encima del 3,15%); y del séptimo en adelante, el Euribor a tres meses menos el 0,10% con un máximo del 5,25% y un mínimo del 4,25% (las liquidaciones eran positivas si el Euribor estaba por encima del 4,25%).

Esta información, que podría considerarse suficiente para un inversor profesional, no lo es para un minorista, que no llega a caer en la cuenta en ese momento del coste real que puede suponerle la bajada de los tipos de interés, por debajo del tipo de referencia en cada caso. Es necesario algo más, una explicación de las cantidades concretas que podría llegar a pagar, pues esos son los concretos riesgos. La información



referenciada en el contrato no es suficientemente explícita para que por sí misma, sin mayor explicación, el inversor minorista conociera lo que podría llegar a costarle el producto contratado, caso de una bajada de los tipos de interés como la ocurrida a partir del 2009.

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.

En nuestro caso, como no quedó acreditado en la instancia que quien contrató por la demandante fuera un experto en la contratación de productos financieros, no concurren circunstancias fácticas que permitan contradecir esta presunción.

**12.** En consecuencia, procede estimar el recurso de casación, pues la sentencia recurrida contradice la jurisprudencia expuesta del alcance de los deberes de información que pesa sobre las empresas que prestan servicios de inversión en la comercialización de productos financieros complejos; y de las consecuencias que el incumplimiento de estos deberes conlleva respecto del error vicio del consentimiento.

Por ello, procede casar la sentencia y confirmar la dictada en primera instancia que sí apreció la nulidad del contrato de swap por error vicio y sus consecuencias.

#### **Costas**

**13.** Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal, imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso ( art. 398.1 LEC ).

Estimado el recurso de casación, no hacemos expresa condena de las costas de este recurso ( art. 398.2 LEC ).

La estimación del recurso de casación conlleva la desestimación del recurso de apelación que contra la sentencia de primera instancia formuló Bankinter, a quien imponemos las costas de la apelación ( art. 398.1 LEC ).

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

#### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por la representación de Tecofarma 2000, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 18ª) de 5 de marzo de 2012, que conoció de la apelación interpuesta contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 90 de Madrid de 18 de noviembre de 2011 (juicio ordinario 1770/2010), e imponemos las costas del recurso a la parte recurrente.

Estimamos el recurso de casación formulado por la representación de Tecofarma 2000, S.L. contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 18ª) de 5 de marzo de 2012, que dejamos sin efecto. En su lugar, acordamos la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de Bankinter, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 90 de Madrid de 18 de noviembre de 2011 (juicio ordinario 1770/2010), cuya parte dispositiva confirmamos, con imposición de las costas de la apelación a la parte apelante.

No hacemos expresa condena de las costas del recurso de casación.

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 .- 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.