

Roj: **STS 327/2016 - ECLI:ES:TS:2016:327**Id Cendoj: **28079110012016100021**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **04/02/2016**Nº de Recurso: **2860/2012**Nº de Resolución: **27/2016**Procedimiento: **Casación**Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP B 8441/2012,**
STS 327/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Febrero de dos mil dieciséis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por "Lifopir, S.A.", representada ante esta Sala por el procurador D.º Jaime Gafas Pacheco y asistida por la letrada D.ª Mónica Ribas Rulo, contra la sentencia dictada el veintiséis de julio de dos mil doce, por la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 550/2011, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 625/2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Barcelona, sobre nulidad contractual. Ha sido parte recurrida "Banco de Santander, S.A.", representada ante esta Sala por el procurador D.º Eduardo Codes Feijoo y asistido por el letrado D.º José Mª Vallbona Zubizarreta.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia.

PRIMERO .- La procuradora D.ª Mónica Ribas Rulo, en nombre y representación de "Lifopir, S.A.", interpuso demanda de juicio ordinario contra "Banco de Santander, S.A." en la que solicitaba se dictara sentencia declarando la nulidad del contrato de swap celebrado por las partes el 30 de octubre de 2008, y las consecuencias de la declaración de nulidad contempladas en el artículo 1303 del Código Civil, con imposición de costas a la mercantil demandada.

SEGUNDO.- La demanda fue presentada el 24 de abril de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Barcelona y fue registrada con el núm. 625/2010. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

TERCERO.- El procurador D.º Ildfonso Lago Pérez, en representación de "Banco Santander, S.A.", contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «[...] dicte en su día sentencia por la que desestime íntegramente los pedimentos deducidos de contrario, con expresa imposición a la actora de las costas del presente procedimiento».

CUARTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Barcelona, dictó sentencia núm. 50/2011 de fecha uno de marzo de dos mil once, con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimo íntegramente la demanda presentada por la entidad Lipofir, S.A. contra la entidad Banco de Santander, S.A. por la que declaro la nulidad del contrato de Swap-pagador de gastos de inflación acumulada,



celebrado entre las partes el 30 de octubre de 2008, con las consecuencias que se contemplan en el artículo 1303 del Cc .

»Se imponen las costas procesales a la parte demandada».

Tramitación en segunda instancia.

QUINTO.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de "Banco de Santander, S.A." La representación de "Lifopir, S.A." se opuso al recurso interpuesto de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la sección decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 550/2011 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 455/2012 en fecha veintiséis de julio de dos mil doce , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLO: Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Banco Santander, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Barcelona en fecha 1 de marzo de 2011 en el procedimiento del que derivan las presentes actuaciones, revocar esta resolución y en su lugar, desestimar la demanda interpuesta por la representación procesal de Lifopir, S.A. con imposición al demandante de las costas causadas y devolución al apelante del depósito constituido para recurrir.

»No se hace expresa imposición de las derivadas de la apelación».

Interposición y tramitación del recurso de casación.

SEXTO.- La procuradora D.ª Mónica Ribas Rulo, en representación de "Lifopir, S.A.", interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Interés casacional en relación con la naturaleza jurídica del contrato cuya nulidad se solicita mediante la interposición de la demanda origen de las presentes actuaciones.

»Segundo.- Interés casacional relativo a los requisitos del error obstativo invalidante de la prestación del consentimiento en relación con la obligación de información sobre el producto impugnado que debe prestar la entidad financiera (obligación de la carga de la prueba) y la diligencia exigible al administrador de una mercantil».

SÉPTIMO.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha veintiséis de junio de dos mil quince, cuya parte dispositiva es como sigue: «1º. Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Lifopir, S.A. contra la sentencia dictada, el 26 de julio de 2012, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), en el rollo de apelación nº 550/2011 , dimanante del juicio ordinario nº 625/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Barcelona.

»2º. Dese traslado por el secretario de la Sala del escrito de interposición del recurso, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaria de la Sala».

OCTAVO.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

NOVENO.- Por providencia de 30 de noviembre de 2015, se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 13 de enero de 2016, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, Magistrado de Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Antecedentes del caso.

1.- La entidad "Lifopir, S.A." (en lo sucesivo Lifopir) interpuso demanda contra "Banco Santander, S.A." (en lo sucesivo, Banco Santander) en la que solicitó la anulación del contrato de "confirmación swap ligado a inflación" de 30 de octubre de 2008 por haber incurrido en error al contratarlo y por vulneración de lo dispuesto en los arts. 78 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores , con las consecuencias previstas en el art. 1303 del Código Civil .



La primera liquidación anual le supuso un cargo de 7.823,11 euros, y cuando pretendió cancelarlo, Banco Santander le exigió una cantidad muy elevada en concepto de coste de cancelación.

Como fundamento de su pretensión, Lifopir alegó que el contrato era ininteligible, que le fue ofrecido por Banco Santander como un seguro cuando en realidad se trataba de un producto de alto riesgo y sin interés para Lifopir, que la información que se le ofreció sobre el posible comportamiento del IPC no fue correcta, y que no se le dio información sobre la cláusula de cancelación anticipada, que es absolutamente oscura.

2.- El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Entendió que era aplicable la normativa reguladora del mercado de valores, si bien el incumplimiento de esta normativa no suponía necesariamente que se hubiera producido error en el consentimiento del cliente.

Consideró que el swap contratado no era sencillo, pero sí comprensible. Descartó asimismo que no se informara a Lifopir sobre la existencia de riesgos, pues el director de la sucursal de Banco Santander que le ofreció el contrato le indicó que, como mucho, podría llegar a pagar 600 euros al año. Rechazó también que hubiera una falta de lealtad en la información que se le facilitó a Lifopir sobre la evolución del IPC, por más que no fuera certera.

Pero estimó la existencia de error en el consentimiento, esencial y excusable, en relación a la cancelación anticipada del contrato, que es tan poco clara que ni el director de la sucursal en el juicio, ni el propio Banco Santander en los diversos escritos presentados en el litigio, han sabido explicar cómo se calcula el coste de dicha cancelación anticipada. No se explican los conceptos que se incluyen en dicho coste, ni cómo se calcula, ni las características del mercado a que se hace referencia, ni quién realiza el cálculo (que parece ser el propio Banco Santander).

3.- Banco Santander apeló la sentencia, y la Audiencia Provincial estimó el recurso y desestimó la demanda.

La Audiencia afirmó en su sentencia que al contrato de swap concertado por las partes no le era aplicable la Ley del Mercado de Valores y que "no existía para el banco un especial deber de información ni le era exigible un especial nivel de protección por razón del destinatario". Tomó también en consideración que Lifopir había suscrito dos contratos de swap, y que la persona que en su representación contrató el swap objeto del litigio, tras afirmar que el director de la sucursal se lo ofreció como un seguro y le dijo que a lo sumo, de ir mal, tendría que pagar de unos 500 a 700 euros al año (según la Audiencia, el director declaró en juicio que informó al cliente que si no se cumplían las previsiones, «igual tenía que pagar como mucho 600 euros»), reconoció no haber pedido información complementaria, porque confiaba en el director de la agencia, y ni haber pedido asesoramiento al abogado externo, pero habitual, de la empresa. De acuerdo con la declaración del director, afirma la Audiencia Provincial, se habría dado al representante de Lifopir una información suficiente y habría sido el coste que le suponía el contrato tras el cambio de circunstancias económicas lo que le llevó a solicitar, tras la primera liquidación, la cancelación anticipada, y al no ser ello posible, a instar la nulidad del contrato. Consideró la Audiencia que el representante de Lifopir había suscrito antes otros contratos de swap, el banco le facilitó información sobre sus particularidades, información que dicho representante estaba en disposición de ampliar con una mínima diligencia, por lo que no hubo error excusable. Y asimismo, que el error en relación al coste de la cancelación anticipada no puede considerarse sustancial.

4.- Lifopir ha interpuesto recurso de casación basado en dos motivos.

Banco Santander alega que se ha producido una desaparición sobrevenida del interés casacional, pues esta Sala ya ha establecido jurisprudencia sobre esta materia.

La objeción no puede estimarse, puesto que, al contrario de lo expuesto, y como se verá, la sentencia de la Audiencia Provincial se opone incluso a la jurisprudencia que esta Sala ha sentado en esta materia, en sentencias tales como las 840/2013, de 20 de enero de 2014 (de Pleno), 384/2014 y 385/2014, ambas de 7 de julio, 387/2014 de 8 de julio, 110/2015 de 26 de febrero, 491/2015, de 15 de septiembre, 547/2015, de 20 de octubre, 550/2015, de 13 de octubre, 559 y 562/2015, de 27 de octubre, 560/2015, de 28 de octubre, 595/2015 y 610/2015, de 30 de octubre, 588/2015, de 10 de noviembre, 623/2015, de 24 de noviembre, 675/2015, de 25 de noviembre, 631/2015, de 26 de noviembre, 676/2015, de 30 de noviembre, 670/2015, de 9 de diciembre, 691/2015, de 10 de diciembre, 692/2015, de 10 de diciembre, y 742/2015, de 18 de diciembre, entre otras.

SEGUNDO.- Formulación de los motivos del recurso.

1.- El primer motivo se encabeza así: «Interés casacional en relación con la naturaleza jurídica del contrato cuya nulidad se solicita mediante la interposición de la demanda origen de las presentes actuaciones».

2.- En este motivo, el recurrente impugna que la sentencia de la Audiencia Provincial haya considerado que el contrato suscrito por las partes no tiene la naturaleza de un contrato sometido a la normativa del mercado de valores y, por tanto, no haya considerado aplicable el art. 78 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores ,



que establecen que para la celebración de este producto complejo y de riesgo con personas carentes de experiencia y específicos conocimientos financieros, se les facilite una completa y exhaustiva información para que forme correctamente su voluntad y sea consciente de que realiza una apuesta en la que la otra parte implicada es una entidad con mayor conocimiento de las vicisitudes y tendencias de los vaivenes de la economía, flujos financieros y propensión de los mercados y tipos.

3.- El segundo motivo lleva el siguiente epígrafe: «Interés casacional relativo a los requisitos del error obstativo invalidante de la prestación del consentimiento en relación con la obligación de información sobre el producto impugnado que debe prestar la entidad financiera (obligación de la carga de la prueba) y la diligencia exigible al administrador de una mercantil».

4.- En este motivo, de modo resumido, el recurrente impugna la afirmación de la Audiencia Provincial de que el error no fue excusable porque el administrador de la demandante no agotó la diligencia. El contrato de swap, según el recurrente, no sería uno de los contratos bancarios habituales para una empresa como la demandante, respecto de los que el administrador social debe mostrarse diligente. Se trataría de un contrato financiero, sometido a la Ley del Mercado de Valores, en la que los clientes son objeto de una rigurosa protección prevista en los arts. 78 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores y 58 y siguientes del Reglamento de desarrollo, pues existe un desequilibrio entre la empresa del mercado de valores, que dispone de unos conocimientos especializados de los que carece el cliente. El recurrente rechaza la tesis de que el administrador de Lifopir no fue diligente por confiar en el director de la sucursal bancaria que le ofreció el contrato de swap, pues debe primar la diligencia de la entidad financiera en informar correctamente al cliente minorista, ya que la Ley del Mercado de Valores le impone obligaciones de diligencia, transparencia (art. 79) e información (art. 79.bis). Sin embargo, no se dio una información real sobre la cuantificación de los riesgos que implicaba el producto, y en especial respecto de los costes de cancelación, que tiene un carácter esencial al permitir conocer al cliente el coste que puede suponerle desligarse del contrato e influye decisivamente en la prestación del consentimiento por el cliente.

5.- La estrecha relación existente entre los argumentos expuestos en uno y otro motivo hace aconsejable su resolución conjunta.

TERCERO.- Decisión de la Sala. El error vicio en los contratos de swap.

1.- Aunque el recurrente hace referencia al error obstativo, los argumentos expresados en la demanda muestran con claridad que se trata de un error material sin más trascendencia, puesto que, como reconoce el propio recurrido, se está refiriendo en todo momento al error vicio del consentimiento.

2.- Como reconoce el propio recurrido, el contrato celebrado por las partes entra dentro del ámbito de aplicación de la Ley del Mercado de Valores y la normativa reglamentaria que la desarrolla.

El swap de inflación es un contrato financiero de los previstos en el art. 2.8 de la Ley del Mercado de Valores, que tiene la consideración de instrumento financiero complejo, como resulta del art. 79.bis 8 de la Ley del Mercado de Valores, que desarrolla el art. 38 de la Directiva 2006/73.

3.- Como declarábamos en nuestra sentencia de Pleno 814/2013, de 20 de enero de 2014, la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (asunto C- 604/2011), afirma que «[l]a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente» (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE.

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como «la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros». Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que «se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...), que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, «que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público» (apartado 55).



A la vista de esta interpretación y de lo acreditado en la instancia, Banco Santander llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues el contrato de swap fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del director de la sucursal en Torredembarra con la que trabajaba habitualmente la demandante, aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador del cliente inversor, como un producto financiero que podía paliar el riesgo de inflación.

4.- Cuando se suscribió el contrato de swap objeto de este recurso, ya estaba en vigor la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modificó la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el Real Decreto 217/2008.

En todo caso, como venimos afirmando en las múltiples resoluciones ya citadas, tanto antes como después de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad comprendía, además de evaluar la situación financiera y el objetivo de inversión perseguido por el cliente (a cuyo efecto se le sometió al test de idoneidad), cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba, cuáles eran sus características más relevantes, y cuáles eran los concretos riesgos asociados a este producto.

La inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis.3 de la Ley del Mercado de Valores (en lo sucesivo, LMV; actualmente arts. 210 y siguientes del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones y les dio un tratamiento más sistemático, aunque no supuso una regulación realmente novedosa.

5.- Cuando se concertó el contrato cuya nulidad se solicita, las «normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes» del art. 19 de la Directiva MiFID ya habían sido traspuestas al Derecho interno por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y siguientes LMV. También había entrado en vigor el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (en lo sucesivo, RD 217/2008), sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, «de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión», que «deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias» (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008 regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe «proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional». Y aclara que esta descripción debe «incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas».

En su apartado 2, concreta que «en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

- a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.
- b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.
- d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento».

6.- Como consecuencia del deber de información imparcial, clara y no engañosa que la normativa sectorial impone a las empresas que prestan servicios de inversión, existen determinados extremos sobre los que la entidad que ofrece a un cliente la contratación de un swap debe informar a este, y debe hacerlo con suficiente antelación para que la información pueda ser examinada con el necesario detalle y comprendida. La intensidad



de estos deberes de información son tanto mayores cuanto menor es la capacidad del cliente para obtener la información por sí mismo y comprenderla, debido a su perfil inversor.

La entidad financiera debe informar al cliente que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la empresa de servicios de inversión se encuentra en conflicto de intereses con su cliente, pues los intereses de la empresa y el cliente son contrapuestos. Para el banco, el contrato de swap de inflación solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución de la variable utilizada como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida.

La Audiencia Provincial, que declaró no aplicable al contrato de swap la obligación de la entidad bancaria de facilitar al cliente la exhaustiva información establecida en los arts. 78 y siguientes LMV y 58 y siguientes del RD 217/2008, ha considerado suficiente que el director de la sucursal informara al administrador de Lifopir que, en caso de evolucionar la inflación de un modo desfavorable para el cliente, tendría que pagar, como mucho, 600 euros al mes, y que en el contrato de swap se dijera que «cuanto más baje la tasa de inflación acumulada respecto al tipo fijo capitalizado, mayor será la liquidación negativa que tendrá que afrontar el cliente».

Como ha declarado la Sala en anteriores sentencias sobre esta materia, el banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo no sólo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del nocional. Lo determinante no es tanto que el trámite de la información aparezca formalmente cumplido, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio.

La información exigida por la normativa del mercado de valores no se suministra con un simple aviso en el propio contrato presentado a firma en el que se advierte del riesgo de una manera tan genérica, ni con unos escenarios como los incluidos en el contrato, a los que hacía referencia la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, en el que el escenario negativo consistía en que en caso de una evolución de la inflación desfavorable para el cliente, el primer año tendría que pagar 100 euros, y el quinto año, 1.685,30 euros. Menos aún con una advertencia verbal del director de la sucursal de que en caso de evolución negativa de la inflación, Lifopir tendría que pagar, a lo sumo, 600 euros anuales. Como se ha expuesto al resumir los antecedentes del caso, la primera liquidación negativa ascendió ya a 7.823,11 euros. No hacen falta especiales consideraciones sobre la diferencia de magnitud entre el riesgo que fue advertido al cliente, y el riesgo real a que estaba sometido.

7.- Directamente relacionado con lo anterior, la entidad financiera debe informar al cliente de cuál es el valor de mercado inicial del swap, o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación, puesto que tales cantidades están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de la inflación hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente. Como hemos declarado en otras ocasiones, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de la inflación, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente. Tampoco esta información fue suministrada.

8.- También es necesaria una información suficientemente precisa y clara sobre el coste de cancelación anticipada del swap, que tampoco se facilitó en este caso. No es aceptable la afirmación de la Audiencia de que, el error sobre el coste de cancelación constituiría un error no invalidante, por no ser sustancial. Que la cláusula sobre vencimiento anticipado pueda ser eliminada y el contrato pueda subsistir no obsta al carácter esencial de esta información por cuanto que la cancelación anticipada no es una eventualidad anormal en el contrato de swap, no solo por estar expresamente prevista en una cláusula, sino porque debe considerarse lógica la intención de cancelarlo anticipadamente cuando el cliente comience a recibir liquidaciones negativas de una entidad tan considerable como las giradas en el caso objeto del recurso.

9.- El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico real en caso de que la inflación evolucionara negativamente y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que desemboca en un error en la prestación del consentimiento por parte del cliente, ya que como dijimos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 1ª 840/2013, de 20 de enero de 2014, «esa ausencia de información permite presumir el error».

10.- Cuando el cliente tiene la consideración de minorista, el hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente el carácter de cliente experto, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este



tipo de productos. Que Lifopir hubiera contratado dos contratos de swap anteriormente no supone por sí solo que sea un cliente experimentado, conocedor de la naturaleza y riesgos del producto, puesto que no existe constancia de la información que se le había suministrado en los anteriores contratos concertados (y por lo que resulta reflejado en las sentencias de instancia sobre la información que se le dio en este caso, no parece lógico pensar que en las anteriores ocasiones se hubiera actuado de otra forma por la entidad bancaria) ni si ya había sufrido las consecuencias de los riesgos inherentes a este contrato.

Hemos afirmado en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre , 633/2015, de 19 de noviembre , y 651/2015, de 20 de noviembre , entre otras, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa o incluso de quien tiene estudios de ciencias empresariales o económicas, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable.

11.- Hemos declarado también que en este tipo de contratos sobre productos financieros complejos y de riesgo, la normativa reguladora del mercado de valores es fundamental para determinar si el error es sustancial y excusable, puesto que establece para las empresas que operan en el mercado financiero una obligación de información a los clientes con estándares de claridad e imparcialidad muy elevados, y determina los extremos sobre los que ha de versar tal información (fundamentalmente, naturaleza y riesgos del producto, y posibles conflictos de interés). Por tanto, si no se da esa información y el cliente incurre en error sobre esos extremos sobre los que debió ser informado, el error puede considerarse sustancial, pues recae sobre los elementos esenciales que determinaron la prestación de su consentimiento.

Asimismo, en estas circunstancias, el error ha de considerarse excusable y, por tanto, invalidante del consentimiento. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de imparcialidad, exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en las sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 460/2014, de 10 de septiembre, «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».

Cuando no existe la obligación de informar, no puede imputarse el error a la conducta omisiva de una de las partes porque no facilitó la información a la contraria, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de la naturaleza y los riesgos de los productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada, en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma imparcial, veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

Como ya declaramos en las sentencias 244/2013, de 18 de abril , y 769/2014, de 12 de enero de 2015 , entre otras, la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes no profesionales del mercado financiero y de inversión quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. La parte obligada a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia.

Por tanto, las consideraciones de la sentencia recurrida sobre el carácter inexcusable del error porque el administrador de Lifopir no formuló más preguntas al director de la sucursal o a su asesor externo, no pueden ser aceptadas.



12.- Lo anteriormente expuesto lleva a la conclusión de que la sentencia recurrida infringió los preceptos de la normativa sobre el mercado de inversión citados en el recurso, al considerar suficiente y adecuada la información facilitada por Banco Santander a Lifopir, y que este cliente resultó adecuadamente informado a la vista de su perfil de conocimientos y experiencia, así como el art. 1266 del Código Civil, cuando consideró que no se había producido el error sustancial y excusable determinante de la invalidez del consentimiento y apto para apreciar la nulidad de los contratos de swap impugnados.

Las afirmaciones que la sentencia de la Audiencia Provincial contiene en relación a que Banco Santander había cumplido sus obligaciones de información no constituyen propiamente una afirmación fáctica, sino una valoración jurídica, que se revela incorrecta por cuanto del relato de la demanda resulta suficientemente claro que Banco Santander no realizó la conducta exigida por la normativa sectorial, de suministrarle con suficiente antelación información clara, imparcial y no engañosa, sobre las características del contrato y los riesgos reales que entrañaba para el cliente.

Por ello, procede estimar el recurso de casación, revocar la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

CUARTO .- Costas y depósito.

1.- La estimación del recurso conlleva que, en cuanto a costas, no se haga especial declaración de las ocasionadas por el recurso de casación, y que se impongan a Banco Santander las ocasionadas por el recurso de apelación, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

FALLAMOS

1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por "Lifopir, S.A." contra la sentencia dictada el veintiséis de julio de dos mil doce, por la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 550/2011.

2.- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y, en su lugar, desestimamos el recurso de apelación interpuesto por "Banco Santander, S.A." contra la sentencia núm. 50/2011 de fecha uno de marzo de dos mil once, dictada en el juicio ordinario núm. 625/2010 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Barcelona.

3.- No procede imposición de costas del recurso de casación. Condenamos a "Banco Santander, S.A." al pago de las costas del recurso de apelación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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. **Rafael Saraza Jimena**, 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.