



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**ÚLTIMOS DESARROLLOS LEGALES Y
JURISPRUDENCIALES SOBRE LOS DEBERES DE
INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN LOS
CONTRATOS DE FINANCIACIÓN**

Autora: Silvia Bermúdez Ramos

5º E3 – A

Derecho de Obligaciones y Contratos

Tutora: Ana Soler Presas

Madrid

Abril 2020

RESUMEN

Tradicionalmente ha existido una asimetría informativa entre las partes de un contrato de financiación, sobre todo cuando quien contrata es un cliente sin experiencia o conocimiento sobre la materia. Esto ha originado una oleada de demandas judiciales por parte de dichos clientes, que alegaban falta de información para que se declarara la nulidad de sus contratos. Este trabajo pretende reflejar las distintas vías de actuación que posee el agraviado para denunciar una información precontractual insuficiente o errónea suministrada por la entidad financiera.

En primer lugar, se hará referencia a la opción civilista tradicional del error del consentimiento, en la que los Tribunales españoles deben analizar la concurrencia de los requisitos del error y circunstancias personales del cliente para apreciar un consentimiento viciado. La segunda vía disponible es la de la abusividad de una condición general de contratación no negociada individualmente, cuando el cliente tiene la consideración de consumidor. Finalmente, y gracias a un importante pronunciamiento de nuestro Tribunal Supremo, se dará un giro radical en la jurisprudencia de nuestros Tribunales, que admitirán el control de abusividad para cláusulas que regulen el contenido esencial del contrato. La elección de una u otra vía resulta determinante en cuanto a los efectos producidos en caso de que nuestros Tribunales estimen las demandas.

Por último, se realizará una recopilación jurisprudencial de las sentencias que analizan el perfil del inversor para determinar si la persona en concreto padeció error en el consentimiento.

Palabras clave: Deberes de información, contrato de financiación, error en el consentimiento, condiciones generales, cláusula abusiva, control de transparencia, perfil del inversor.

ABSTRACT

There has traditionally existed information asymmetry between both parts of a financing contract, especially when the client has no experience nor knowledge on the subject. This made clients file lawsuits against credit institutions, claiming for the voidability of the contracts because of the lack of information. This paper aims to express the different courses of action available for the aggrieved client in order to report insufficient information -or misinformation- supplied by the contracting entity.

First of all, it will be discussed the traditional Civil Code option, which is based on the client's error of consent. In order to confirm there has been a lack of consent, Spanish courts must analyse whether error legal requirements and clients' personal characteristics do concur or not. The second possibility is the one based on unfair general terms and conditions not individually negotiated, when the client is considered consumer. Finally, and thanks to one recent judgement of the Spanish Supreme Court, there has been a radical change in terms of latest jurisprudence, which now admits the unfair terms' control for those clauses that set the core content of the contract. In case law courts rule in favour of the client, the choice of alternative may be decisive regarding effects and consequences.

Lastly, it will be carried out a case law analysis of judicial rulings that analyse the investor profile in order to determine if the client suffered error of consent.

Key words: Information duties, financing contract, error of consent, general terms and conditions, unfair term, transparency control, investor profile.

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	6
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	7
1.1. Objetivos, metodología y plan de trabajo	7
1.2. Planteamiento de la problemática	8
1.3. Principales productos financieros complejos	11
1.4. Enunciación de las posibles vías de actuación del cliente	13
CAPÍTULO II. LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LOS CONTRATOS DE FINANCIACIÓN POR ERROR VICIO DEL CONSENTIMIENTO	16
2.1. El consentimiento como elemento esencial de los contratos: el artículo 1265 y siguientes del CC	17
2.2. Aplicación de la teoría del error al ámbito financiero	20
2.2.1. Requisitos del error	20
2.2.2. Efectos de la apreciación de error vicio	26
2.2.2.1. Nulidad del contrato	26
2.2.2.2. Adaptación del contrato	27
2.3. Regulación actual del deber de información precontractual: la normativa MiFID	29
CAPÍTULO III: CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL SENTIDO DEL TRLGCyU	35
3.1. Regulación	35
3.2. Acciones individuales y colectivas	36
3.3. Control de abusividad	38
3.4. Efectos derivados de la falta de transparencia	39
3.4.1. No incorporación	40
3.4.2. Nulidad de pleno derecho	40
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y ÚLTIMAS POSTURAS DE LOS TRIBUNALES	41
4.1. La STS 241/2013: un punto de inflexión en la postura de los Tribunales	41
4.1.1. Supuesto de hecho	41
4.1.2. Pronunciamiento del TS	42
4.1.2.1. Condiciones generales sobre elementos esenciales del contrato	42
4.1.2.2. El control de las condiciones sobre elementos esenciales	43
4.2. El perfil del inversor	46
4.2.1. Sentencias a favor del cliente	46
4.2.2. Sentencias a favor de la EC o ESI	50

CAPÍTULO V. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO	53
CAPÍTULO VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	55
6.1. LEGISLACIÓN	55
6.2. JURISPRUDENCIA	56
6.1.1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea	56
6.1.2. Tribunal Supremo	56
6.1.3. Audiencias Provinciales	58
6.3. OBRAS DOCTRINALES	59
6.3.1. Libros	59
6.3.2. Revistas	59
6.3.3. Tesis	60
6.4. REFERENCIAS DE INTERNET	60

LISTADO DE ABREVIATURAS

ABREVIATURAS

A	Auto
AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
EC	Entidad de Crédito
ESI	Empresa de Servicios de Inversión
FJ	Fundamento Jurídico
LCGC	Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LMV	Ley del Mercado de Valores
MiFID	<i>Markets in Financial Instruments Directive</i>
MiFID II	<i>Markets in Financial Instruments Directive II</i>
MiFIR	<i>Markets in Financial Instruments Regulation</i>
Núm.	Número
PECL	<i>Principles of European Contract Law</i>
p./pp.	Página/páginas
S	Sentencia
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGDCyU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
TRLMV	Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores
TS	Tribunal Supremo

ABREVIATURAS LATINAS

Op. cit. *Opere citato* (“obra citada”)

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

1.1.OBJETIVOS PERSEGUIDOS, METODOLOGÍA Y PLAN DE TRABAJO.

El Derecho es una disciplina eminentemente práctica, que nace y tiene su razón de ser en la necesidad de resolver los problemas reales de los ciudadanos. En los últimos años, los medios de comunicación se han hecho eco de numerosos supuestos de productos financieros polémicos, que han generado mucha litigiosidad en los Tribunales. Son pleitos individuales o en masa, en los que la contraparte dispone de instrumentos jurídicos y preparación muy superiores a los del ciudadano medio. Estos pronunciamientos judiciales constituyen, a mi juicio, un supuesto muy claro de cómo el Derecho se adapta a la realidad social, para dar soluciones prácticas y eficaces a la sociedad frente a una realidad en continua evolución.

Por todo ello, el objetivo de este trabajo es el de sistematizar y resumir de una forma clara la problemática suscitada en torno a los problemas derivados de la información precontractual en los contratos de financiación, y las últimas soluciones legales y jurisprudenciales que se han adoptado al respecto.

En cuanto a la metodología empleada, se parte de una inevitable explicación teórica y doctrinal, imprescindible para una mejor comprensión de la cuestión y, a continuación, se efectúa un análisis de la normativa y de la jurisprudencia emanadas al respecto.

Para la realización de este Trabajo de Fin de Grado ha sido precisa una profunda labor previa de indagación en la doctrina y en la jurisprudencia, necesaria para poder extraer conclusiones y elaborar una opinión crítica. Pese a su aparente simplicidad, esta temática ha sido objeto de numerosos y profusos estudios, y este trabajo ha pretendido sistematizar los contenidos más relevantes y esenciales en esta materia.

1.2. PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA.

La progresiva evolución de la realidad económica está generando una extensa proliferación de contratos de naturaleza mercantil que anteriormente no existían. Después de casi ciento cuarenta años desde la aprobación del Código de Comercio¹, el cuerpo legislativo español aún no tiene incorporado un Código Mercantil que armonice cada una de las leyes mercantiles especiales disgregadas. Si bien en 2015 se aprobó un Anteproyecto del citado Código, éste no termina de promulgarse. A la espera de su aprobación, en tanto el legislador no incorpore leyes especiales que atiendan a la singular problemática del error vicio del consentimiento derivado del incumplimiento de los deberes de información precontractual, o desarrolle las directivas comunitarias existentes en la materia, es la jurisprudencia del TS la que se ha encargado de perfilar una consolidada doctrina. Con carácter de fuente del Derecho (ex artículo 1.6 del CC), dicha doctrina no es sino una aplicación y modulación al caso, atendiendo a las muy especiales circunstancias concurrentes, de la teoría civil general del error en los contratos. Ante la laguna legal existente, los órganos judiciales han atendido a la tutela judicial de los afectados (artículo 1.7 del CC). Como afirma DÍEZ-PICAZO²:

“Generalmente, en los litigios en los que una de las partes alega el error frente a la otra, ésta suele imputar al demandante negligencia por no informarse adecuadamente antes de contratar. La jurisprudencia dice entonces que ‘si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar’ (...), y que ante la información de los vendedores el comprador no ha de confirmarla, pues no es obligada la duda de la buena fe con quien se contrata”.

Los contratos de financiación, como cualquier contrato en general, se basan en la autonomía de la voluntad de las partes, y en el respeto al principio de *pacta sunt servanda*. Como recuerda la STS de 29 de octubre de 2013³, “los contratos constituyen el instrumento jurídico por el que quienes los celebran, en ejercicio de su libertad (...), deciden crear una

¹ Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (BOE 16 de octubre de 1885).

² DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., “Vicios de los elementos esenciales del contrato”, *Sistema de Derecho Civil, Volumen II: El contrato en general. La relación obligatoria*, Tecnos, Madrid, 2016, pág. 47.

³ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 626/2013, de 29 de octubre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2013\8053). Fecha de última consulta: 8 de febrero de 2020.

relación jurídica entre ellos y someterla a una ‘*lex privata*’ (ley privada) cuyo contenido determinan” (FJ. 7º).

El presente trabajo se va a referir, en concepto de parte que otorga la financiación en el contrato, a dos clases de entidades. En primer lugar, la parte contratante puede ser una entidad de crédito (en adelante, EC), que puede adoptar la forma de banco, cooperativa de crédito o caja de ahorro (si bien en la actualidad no existe casi rastro de estas últimas). En este caso, el motivo por el que cliente contrata un producto con dicha entidad suele ser de búsqueda de financiación para desarrollar su actividad normal o para adquirir bienes básicos. Por ejemplo, un contrato de préstamo hipotecario.

En segundo lugar, la parte que ofrece el contrato de financiación puede ser una empresa de servicios de inversión (en adelante, ESI), sin perjuicio de que el TRLMV⁴ admite, en su artículo 145, que una EC pueda desempeñar servicios y actividades de inversión como ESI. En este segundo caso, la contraparte del contrato será un cliente inversor que, por lo general, debería tener una preparación financiera superior que la que ostenta un cliente “corriente”, dado que, para invertir, se requiere un mínimo de conocimientos financieros. Por ello, este último gozará de una mayor protección por parte de las leyes y los Tribunales que el cliente inversor, quien suele contratar productos complejos con la finalidad de rentabilizar su dinero.

Normalmente, la entidad financiera y el cliente no se encuentran al mismo nivel de información (sobre todo en contratos de financiación, y no de inversión). Así lo expresa la STS de 20 de enero de 2014⁵ (los subrayados son míos):

“Ordinariamente 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

⁴ Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (BOE 24 de octubre de 2015).

⁵ TS (Sala de lo Civil, Sección Pleno), Sentencia núm. 840/2013, de 20 de enero (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2014\781). Fecha de última consulta: 8 de febrero de 2020.

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” (FJ. 5º).

Por tanto, la EC o ESI tiene el deber de suministrar al cliente con el que va a contratar un producto financiero “complejo” toda la información necesaria para el conocimiento tanto de la operación en concreto que se va a realizar, como de los riesgos derivados de la misma, al amparo del artículo 7 del CC, que recoge el principio de la buena fe negocial y, paralelamente, la prohibición del “abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo”.

La ausencia o insuficiencia de dicha información precontractual ha sido la causa principal de la masiva proliferación de litigios entre EC y clientes, que debían ser resueltos ante los Tribunales españoles. Con la entrada en vigor de la normativa MiFID, cuyas Directivas fueron traspuestas al ordenamiento jurídico español, la litigiosidad ha disminuido notablemente pues, como se indicará más adelante, dicha normativa recoge exigencias europeas en cuanto al procedimiento que deben llevar a cabo las EC y las ESI cuando entran a contratar sus productos con los clientes, de manera que se han estandarizado los procedimientos a aplicar en cuanto a los deberes de información precontractual.

Ahora bien, ¿qué se entiende por **producto financiero “complejo”**? El artículo 217 del TRLMV dispone qué productos se consideran no complejos, de tal manera que, por exclusión, se entenderán complejos aquellos no incluidos en ese apartado. Sin perjuicio de lo anterior, esta Ley recoge en su Anexo ejemplos de productos financieros complejos -letras d) a k)-. Además, el apartado 2 del citado artículo remite a las condiciones establecidas en el artículo 57 del Reglamento Delegado (UE) 2017/565 de la Comisión de 25 de abril de 2016⁶, que considera también cuándo no existe complejidad. *Contrario sensu*, el producto será

⁶ Reglamento delegado (UE) 2017/565 de la Comisión de 25 de abril de 2016 por el que se completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de servicios de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva (DOUE 31 de marzo de 2017).

considerado complejo cuando, por ejemplo, incorpore “una cláusula, condición o evento desencadenante que pueda modificar sustancialmente la naturaleza o el riesgo de la inversión o el perfil de pagos, como las inversiones que incorporan un derecho a convertir el instrumento en una inversión distinta”. Si, por el contrario, existe “información a disposición del público sobre sus características suficientemente completa y que puede entenderse fácilmente, de modo que el cliente minorista medio pueda formarse un juicio informado sobre la oportunidad de realizar una operación con ese instrumento”⁷, entonces el instrumento será calificado como no complejo.

Así, la importante sentencia del TS de 9 de mayo de 2013⁸ hacía referencia a las cláusulas suelo insertas en un contrato de préstamo a interés variable, afirmando el Alto Tribunal que los productos financieros complejos podrían consistir en “productos o servicios de consumo no habitual y de elevada complejidad técnica, en el (sic) que la capacidad real de comparación de ofertas y la posibilidad real de comparación para el consumidor medio es reducida (...)” (FJ. 8º).

1.3. PRINCIPALES PRODUCTOS FINANCIEROS COMPLEJOS.

A lo largo del presente trabajo de investigación se hará referencia a determinados productos financieros complejos, atendiendo a la cantidad de litigios suscitados y a su masiva comercialización. En concreto, los tres productos financieros a los que se referirá este trabajo comparten una nota común: todos presentan cláusulas que versan sobre elementos esenciales del contrato, y sobre las que el cliente alega deficiencias en la información precontractual:

Swap o permuta financiera: la Real Academia Española (RAE) define la permuta financiera como “[i]nstrumento financiero complejo, conocido internacionalmente como *swap*, en el que las partes acuerdan intercambiar flujos monetarios en un período de tiempo

⁷ Artículo 57 del Reglamento Delegado (UE) 2017/565 de la Comisión de 25 de abril de 2016.

⁸ TS (Sala de lo Civil, Sección Pleno), Sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2013\3088). Fecha de última consulta: 8 de marzo de 2020.

con el fin de reducir el riesgo de tipo de cambio de divisas o de tipos de interés”⁹. Según el FJ. 3º de la SAP de Burgos de 12 de septiembre de 2011¹⁰, aunque aparece mencionado este producto en el artículo 2 y en el Anexo del TRLMV, no existe en la citada Ley una definición ni tampoco una regulación detallada del mismo: “[s]u contenido y características no vienen definidos por la ley sino por el uso que se ha hecho del mismo en la contratación mercantil”. Son productos derivados porque su valor depende de un activo o índice distinto, denominado “activo subyacente”, de tal manera que dicho valor cambiará en función de las variaciones del precio del activo subyacente.

Participaciones preferentes: la CNMV¹¹ establece que son “valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada”. Este producto financiero complejo nada tiene que ver con las acciones preferentes. Es un instrumento útil en tiempos de estabilidad, pero muy peligroso para el inversor en tiempos económicamente convulsos, ya que puede ser utilizado por la EC como medio de financiación fácil, pero enmascarando una estafa encubierta. En ese escenario, el señuelo consiste en que una EC, muy próxima a la insolvencia, emite estas participaciones, ofreciendo una alta rentabilidad, como medio para cubrir objetivos de saneamiento. El plus de peligrosidad reside, de acuerdo con AGÜERO ORTIZ¹², en que “no conllevan participación en el capital de la entidad emisora, ni suponen preferencia alguna en el orden de prelación de créditos”, dependiendo el éxito de la operación para el inversor de la viabilidad económica, muy incierta, de la empresa emisora. La razón de su contratación por el cliente reside precisamente en ese plus de peligrosidad, que se traduce en la obtención de rentabilidades muy superiores a las que ofrecen productos complejos similares.

⁹ Definición obtenida de la página web oficial de la RAE. Última consulta: 10 de marzo de 2020. Disponible en: <https://dej.rae.es/lema/permuta-financiera>

¹⁰ AP de Burgos (Sección 3ª), Sentencia núm. 267/2011, de 12 de septiembre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR 2011\344998). Fecha de última consulta: 10 de marzo de 2020.

¹¹ Informe disponible en: https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Fichas/Fichas_Preferentes.pdf

¹² AGÜERO ORTIZ, A., “El consumidor como inversor de alto riesgo: la impugnación por vicios del consentimiento de los contratos de adquisición de participaciones preferentes y swaps, una opción sólo al alcance de algunos”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8/2013, p. 480.

Cláusulas suelo y/o techo: a diferencia de los dos anteriores, las cláusulas suelo o techo no son, como tal, productos de inversión, sino mecanismos o garantías que suelen ir incorporados a un contrato principal, como puede ser un préstamo hipotecario, normalmente para responder a necesidades de financiación del cliente. Su función es limitar las posibles oscilaciones de los tipos de interés de referencia (como el EURIBOR, que es el tipo de interés europeo que aplican los bancos cuando realizan operaciones). Estas cláusulas son pactadas entre la EC y el cliente, de manera que, si el tipo de interés de referencia sube o baja por encima o por debajo del tipo de interés pactado, el cliente solo se verá obligado a pagar como tope este último, no el exceso o el defecto. La finalidad de estas cláusulas es doble: por un lado, la EC se asegura que cobrará un tipo de interés determinado durante X años y, por otro lado, el cliente limita su exposición al riesgo ante posibles fluctuaciones al alza o a la baja del tipo de interés de referencia. Como se verá más adelante, este tipo de productos han originado una vasta jurisprudencia ya que, aunque no sean considerados para muchos un producto complejo *per se*, en algunos contratos se dificultaba su comprensión por incluirse información oscura o no transparente (esto es, no expresada claramente y en un mismo bloque, o porque existían matices en otras previsiones que desvirtuaban su significado económico). La finalidad de dichas cláusulas era, entre otras, que las EC se beneficiasen de tipos de interés superiores a los de mercado en el caso de que la cláusula no permitiera recoger la bajada del tipo de interés.

1.4. ENUNCIACIÓN DE LAS POSIBLES VÍAS DE ACTUACIÓN DEL CLIENTE.

El propósito de este trabajo es analizar qué posibilidades de actuación tienen los perjudicados ante la falta de transparencia de la información precontractual en los contratos de financiación. El cliente o inversor que se considera perjudicado por la insuficiencia o ineficiencia de la información precontractual proporcionada por la EC o por la ESI a la hora de contratar los productos financieros anteriores cuenta con la opción de acudir a los Tribunales para buscar respuestas jurídicas y reivindicar su derecho a una tutela judicial efectiva.

En un primer momento, para el agraviado se abrían dos posibilidades de actuación: la primera de ellas era alegar ante la justicia un **error que vició su consentimiento** en la contratación. De acuerdo con AGÜERO ORTIZ¹³, esta vía no es la que mejor salvaguarda los intereses del cliente, pues la respuesta de los Tribunales frente a la apreciación del error es, generalmente, la de la nulidad del contrato en su totalidad, con los efectos de restitución recíproca de las prestaciones, ex artículo 1303 del CC. Sin embargo, y como se estudiará más adelante, algunos autores abogan por la solución de la adaptación del contrato viciado.

La segunda vía posible es la caracterización del cliente como consumidor en el sentido del artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCyU)¹⁴. El consumidor, en el ámbito de los contratos de financiación y ante la falta de información precontractual, goza de la posibilidad de invocar **la abusividad de una cláusula del contrato** de acuerdo con la Ley de Condiciones Generales de Contratación (LCGC)¹⁵. Esta segunda vía, anterior a la STS de 9 de mayo de 2013, se abría para los casos en los que el perjudicado firmaba con una EC un contrato en el que existían condiciones generales de contratación (o, lo que es lo mismo, cláusulas predispuestas por una de las partes a las que debe adherirse el consumidor) abusivas. En el caso en que dichas cláusulas versaran sobre elementos esenciales del contrato, nuestros Tribunales automáticamente desestimaban las pretensiones del cliente y devolvían la cuestión a la vía del error vicio.

Si cliente accionaba el mecanismo del TRLGDCyU, las consecuencias derivadas de la apreciación, por parte del Tribunal, de la abusividad de la cláusula, eran infinitamente más ventajosas para el cliente que las derivadas de la vía del error vicio. Esto es así porque, de acuerdo con AGÜERO ORTIZ¹⁶, no solamente se obtiene la nulidad de la cláusula, sino que

¹³ AGÜERO ORTIZ, A., “Las hipotecas multidivisa a examen”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm 10/2014, p. 49.

¹⁴ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE 30 de noviembre de 2007).

¹⁵ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE 14 de abril de 1998).

¹⁶ AGÜERO ORTIZ, A., *op. cit.*, p. 50.

el Tribunal puede decidir “la expulsión de la misma del contrato, pudiendo sobrevivir el contrato (...) sin ella”.

Sin perjuicio de las dos vías anteriores, existe un momento crucial en la jurisprudencia española relativa a los deberes de información precontractual que provocó un giro en la postura de nuestros Tribunales. Como se estudiará en profundidad más adelante, la ya citada STS de 9 de mayo de 2013, relativa a las cláusulas suelo en un contrato de préstamo hipotecario, abre una tercera vía a los consumidores en los contratos bancarios: el Alto Tribunal introduce el concepto de “transparencia material” como criterio de validez de las cláusulas (FJ. 12º). En concreto, afirma que una cláusula abusiva que afecte a los elementos esenciales del contrato “no excluye su calificación como condición general de la contratación”, y que “el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo” (FJ. 10º). Esta nueva percepción del Tribunal abre las puertas de la acción colectiva por abusividad de una condición general de la contratación que verse sobre el objeto principal del contrato.

CAPÍTULO II. LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LOS CONTRATOS DE FINANCIACIÓN POR ERROR VICIO DEL CONSENTIMIENTO

Como ha quedado expuesto en la Introducción, la primera vía de actuación de la que dispone el cliente que ve vulnerado el deber de información precontractual por parte de las EC o ESI es la acción de nulidad por error en la formación del consentimiento. En este caso (si bien con la aprobación de la normativa MiFID que dio lugar a la modificación de la LMV se estandarizaron las conductas a seguir por estas entidades a la hora de contratar), el Tribunal ante el que se presenta demanda por error vicio deberá examinar la concurrencia de los requisitos del error para poder apreciar su existencia.

Esta vía de “ataque” del cliente agraviado es muy distinta de la utilizada por los consumidores de los contratos de financiación de productos complejos. Ya la STS de 8 de junio de 2017¹⁷ diferenciaba los dos caminos de actuación del perjudicado:

“No puede confundirse la evaluación de la transparencia de una condición general cuando se enjuicia una acción destinada a que se declare la nulidad de la misma con el enjuiciamiento que debe darse a la acción de anulación de un contrato por error vicio en el consentimiento. Mientras que en la primera se realiza un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación, en la segunda las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales para determinar tanto la propia existencia del error como, en caso de que exista el error, la excusabilidad del mismo, y es necesario que el error sea sustancial por recaer sobre los elementos esenciales que determinaron la decisión de contratar y la consiguiente prestación del consentimiento” (FJ. 6º).

Este apartado del trabajo se refiere a aquellos casos en los que el perjudicado no invoca la falta de transparencia o abusividad de unas determinadas cláusulas aisladas del contrato de financiación, sino que alega, de acuerdo con RODRÍGUEZ-ROSADO¹⁸, un defecto en “la entera representación mental asumida por el cliente”.

¹⁷ TS (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 367/2017, de 8 de junio (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2017\2509). Fecha de última consulta: 10 de marzo de 2020.

¹⁸ RODRÍGUEZ-ROSADO, B., “Cinco años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre contratos swap”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* (parte Doctrina), núm.4/2018, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2018, p. 32.

A continuación, se procederá a realizar un análisis del error como vicio del consentimiento en los contratos de financiación. Se partirá, en primer lugar, de un breve comentario del consentimiento como elemento esencial de los contratos en general. En segundo lugar, se tratarán los requisitos legales y jurisprudenciales del error vicio y, seguidamente, se dispondrán los efectos de su apreciación por parte de nuestros Tribunales. Finalmente, se hará referencia a la evolución en la regulación europea MiFID y la correspondiente a nivel estatal.

2.1. EL CONSENTIMIENTO COMO ELEMENTO ESENCIAL DE LOS CONTRATOS: EL ARTÍCULO 1.265 Y SIGUIENTES DEL CC.

No se puede hacer un examen profundo de las novedades legales y jurisprudenciales sobre el error en el consentimiento en los contratos de financiación, sin antes hacer una breve introducción en lo que al consentimiento contractual se refiere. Sin perjuicio del requisito de la forma del contrato que (salvo que sea *ad solemnitatem*) no es de carácter esencial, conforme al artículo 1.261 del CC un contrato requiere, en general, tres elementos imprescindibles para que cobre plena virtualidad jurídica: “consentimiento de los contratantes”, “objeto cierto” y “causa de la obligación que se establezca”.

El **consentimiento** es, en todo caso, elemento esencial del contrato. Dicho consentimiento, como recuerda el artículo 1.262 del CC, debe manifestarse en el “concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa [objeto] y la causa que han de constituir el contrato”, es decir, en el acuerdo de voluntades entre las partes del contrato. MORALES MORENO¹⁹ expresa que “el consentimiento es punto de partida ineludible en la construcción del contrato de nuestro CC”. Para que el consentimiento sea conocido, es necesaria una declaración de voluntad de las partes de obligarse en los términos del contrato.

Un consentimiento válido y eficaz debe emitirse con un conocimiento fundado sobre el alcance de la obligación que se contrae. El artículo 1.265 del CC dispone que “[s]erá nulo

¹⁹ MORALES MORENO, A.M., “De los requisitos esenciales para la validez de los contratos”, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia (BOE), Madrid, 1991, p. 442.

el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”. Este artículo recoge una serie de causas tasadas que pueden provocar la invalidez del contrato, conocidas como **vicios del consentimiento**. Si observamos el texto legal, los sucesivos artículos del CC se dedican a regular por separado cada uno de los vicios admitidos. Sin embargo, según MORALES MORENO²⁰, “las limitaciones de capacidad, por razón de edad o de enfermedad mental, (...) son también contempladas en nuestro CC como un problema de voluntad contractual afectada de un vicio”. Este autor se refiere a los artículos 1.263 y 1.264 del CC, que versan sobre los contratos celebrados por un menor de edad no emancipado, por un incapacitado y por un incapaz no incapacitado, que también habrá que tener en cuenta, con carácter general, para determinar si hubo consentimiento válido o no.

Acotando un poco el objeto del presente trabajo de investigación, se procederá a continuación a analizar la cuestión del **error** como elemento invalidante del consentimiento, recogido en el artículo 1.266 del CC. Según DÍEZ-PICAZO, el error-vicio o error propio:

“[E]s una falsa representación mental de la realidad que vicia el proceso formativo del querer interno, y que opera como presupuesto para la realización del negocio: o no se hubiera querido de haberse conocido exactamente la realidad, o se hubiera querido de otra manera²¹”.

Adicionalmente, y según la jurisprudencia más reiterada (entre otras sentencias, la STS de 21 de noviembre de 2012²²), “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” (FJ. 4º).

Cuando efectivamente se da alguno de los supuestos del artículo 1.261 del CC, una de las consecuencias jurídicas es la dispuesta en el artículo 1.300 del mismo texto legal, a cuyo tenor “[I]os contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden

²⁰MORALES MORENO, A.M., *op. cit.*, p. 458.

²¹DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *op. cit.*, pp. 46.

²²TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 683/2012, de 21 de noviembre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2012\11052). Fecha de última consulta: 10 de febrero de 2020.

ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley”. Y el artículo 1.302 del CC determina que sean las personas que sufren el vicio del consentimiento quienes deban ejercitar la acción de anulabilidad del contrato, y no aquellos que lo causaron. Como se planteará más adelante, la vía de la nulidad del contrato no es la única reconocida por algunos autores, quienes plantean la confirmación del contrato viciado por el error y la consiguiente exigencia de indemnización, con base en el artículo 1.270 del CC, que recoge los casos de dolo incidental.

En el caso del error, que es el que ocupa el presente capítulo, la acción de nulidad tiene un plazo de cuatro años para que sea ejercitada, siendo el *dies a quo* la consumación del contrato, ex artículo 1.301 del CC. En el caso de contratos de tracto sucesivo (como son los contratos de financiación con productos complejos), tras una convergencia en los criterios jurisprudenciales acerca de cuándo se entendía iniciado el cómputo del plazo para ejercer la acción de nulidad, la STS de 19 de febrero de 2018²³ sentó doctrina afirmando que el *dies a quo* era la consumación del contrato, entendiéndose por tal el momento de la extinción o agotamiento del contrato.

La invocación del error vicio por el agraviado ante la falta de información precontractual no es algo que haya surgido en los últimos tiempos. Ya los juristas romanos consideraban que, para alegar error, el afectado no debía haber incurrido en una “ignorancia supina” (o ignorancia de lo que puede y debe saberse). Esa tradición pasa hasta el siglo XX, en el que se toma en consideración la experiencia del cliente a la hora de declarar usurario un préstamo de acuerdo con el artículo 1 de la Ley de Azcárate²⁴:

“Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso ó (sic) en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario á (sic) causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia ó (sic) de lo limitado de sus facultades mentales”.

²³ TS (Sala de lo Civil, Sección Pleno), Sentencia núm. 89/2018, de 19 de febrero (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2018\539). Fecha de última consulta: 15 de febrero de 2020.

²⁴ Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios (Gaceta de Madrid 24 de julio de 1908).

2.2. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ERROR AL ÁMBITO FINANCIERO.

2.2.1. Requisitos del error.

Como es sabido, el artículo 1.266 del CC recoge qué requisitos se entienden indispensables para que se aprecie la concurrencia de error. En síntesis, el CC establece, en primer lugar, que el error deberá “recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”. Este fragmento del artículo recoge lo que la doctrina denomina error *in substantia* o sobre la sustancia o cualidades. Por ejemplo, DÍEZ-PICAZO²⁵ entiende por sustancia “aquella cualidad principal que individualiza” la cosa objeto del contrato. Sin embargo, el CC, al referirse a “condiciones”, está abriendo las puertas del error a cualesquiera otras circunstancias (no necesariamente principales) que fueron motivo de contratación por las partes.

En segundo lugar, el párrafo siguiente del citado artículo 1.266 del CC regula el error sobre la persona, al expresar que tiene que existir una consideración especial hacia el sujeto con el que se contrata (tanto sobre la identidad de la persona como sobre sus cualidades, según la doctrina) para que concurra error. Se puede observar el carácter restrictivo de este precepto (“sólo invalidará...”).

Por último, el párrafo tercero del artículo comentado deja fuera de toda duda que los errores en el cálculo no son susceptibles de causar error en el consentimiento, sino que simplemente se tendrá que proceder a su corrección.

Analizado el contenido del artículo 1.266 del CC, y centrándonos en el ámbito eminentemente bancario o financiero, la doctrina y la jurisprudencia han ido desarrollando, a lo largo de un gran número de sentencias, unos **requisitos adicionales** que debe cumplir el error para que sea considerado vicio del consentimiento en los contratos de financiación.

²⁵ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *op. cit.*, pág. 47.

En primer lugar, y de acuerdo con lo dispuesto por MORALES MORENO²⁶, el error debe revestir un **carácter esencial**. Según este autor, la esencialidad se desprende del contenido del mismo artículo 1.266 del CC que, como mencionábamos anteriormente, recoge el error sobre la sustancia (objeto) y sobre la persona. DE CASTRO (*Negocio*, p. 137), citado en la misma obra por MORALES MORENO señaló, en lo relacionado con el error como vicio invalidante, lo siguiente:

“El dato respecto al que existe el error ha de ser estimado de importancia decisiva para la celebración del negocio, para quien alegue el vicio y, además, que, en sí mismo, pueda ser considerado base del negocio, teniendo en cuenta lo que resulte expresa o tácitamente de la conducta de quien o quienes hayan dado lugar al negocio”.

Así, y conforme a reiterada y asentada jurisprudencia, el error debe referirse a las “presuposiciones del contrato”, en términos de MORALES MORENO²⁷, o también a la “realidad sobre la que se asienta y actúa el contrato, tomada en cuenta en él, de modo expreso o implícito, para establecer la organización de intereses que el mismo realiza”. En otras palabras, esencial quiere decir determinante o motivo principal de la formación de la voluntad.

El error invocado en cada caso dependerá del concreto objeto del contrato de financiación de que se trate. A modo de ejemplo, en los contratos de *swap* o permuta financiera, ya la STS de 15 de septiembre de 2015²⁸ dejaba claro que las liquidaciones negativas que pudieran originarse del contrato de *swap* no eran el único aspecto del contrato sobre el que alegar error esencial, sino también los costes que podría soportar el cliente al cancelar anticipadamente el contrato como consecuencia de dichas liquidaciones negativas. En esta sentencia, el Alto Tribunal reconoce que resulta imposible para la entidad bancaria poder ofrecer a su cliente información exacta sobre cuál va a ser el coste de cancelación del *swap*, pero ello no impide a la primera dar una información “genérica y aproximada” que

²⁶ MORALES MORENO, A.M., *op. cit.*, p. 462.

²⁷ MORALES MORENO, A.M., *op. cit.*, p. 463.

²⁸ TS (Sala de lo Civil, Sección Pleno), Sentencia núm. 491/2015, de 15 de septiembre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2015\3993). Fecha de última consulta: 11 de marzo de 2020.

permita al cliente hacerse una idea de cuánto le puede suponer cancelar el contrato en un futuro.

En segundo lugar, debe concurrir el requisito de **excusabilidad**. A diferencia del anterior, que podía extraerse del CC, este presupuesto no aparece reflejado en el Código, sino que nace como consecuencia de la jurisprudencia. MORALES MORENO recoge, asimismo, una doctrina jurisprudencial con origen en la STS de 4 de enero de 1982, según la cual el error es excusable si no pudo ser evitado en el caso de haber mediado una “diligencia media o regular”²⁹. Además, de acuerdo con DE VERDA Y PIAMONTE³⁰, ya desde enero de 1910, una Sentencia del TS se pronunció acerca del carácter excusable del error: es necesario que la parte que alega el error tenga una diligencia regular, “diligencia que es más exigible por razón de los conocimientos de quien padece el vicio del consentimiento”. Esta sentencia es pionera en cuanto a la necesaria observación de los conocimientos y profesión del que alega el error, pues no se exige la misma diligencia a un cliente experto en la contratación con productos complejos que un cliente medio o con poca experiencia en el ámbito financiero.

A modo de ejemplo, la STS de 20 de noviembre de 2018³¹ recoge, en el marco de un contrato de participaciones preferentes, una serie de actuaciones llevadas a cabo por la EC que pueden implicar que el error en el consentimiento que sufrió el cliente fuera excusable: engaño u omisión sobre las características y riesgos del producto que se contrataba, falta de entrega de documentación que contuviera la información precontractual para formar un consentimiento válido, etc.

Una manifestación de la excusabilidad es que el error no sea imputable a la parte que lo alega. El Alto Tribunal, en su ya citada STS de 4 de enero de 1982, dispuso que:

²⁹ STS de 4 de enero de 1982, citada por MORALES MORENO, A.M., *op. cit.*, pp. 463-464.

³⁰ DE VERDA Y PIAMONTE, J.R., “Algunas reflexiones en torno a la excusabilidad y reconocibilidad del error en los contratos”, Departamento de Derecho Civil, Universitat de València, p.1122.

³¹ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 653/2018, de 20 de noviembre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2018\5097). Fecha de última consulta: 26 de febrero de 2020.

“[C]ada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas: así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto (...). La diligencia exigible es (...) menor, cuando se trata de una persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (...)”.

Además, la SAP de A Coruña, de 6 de febrero de 2015³², “niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que le era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoró – ‘*quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*’ (no se entiende que padece daño quien por su culpa lo sufre)” (FJ. 3º). Este criterio de inimputabilidad del error tiene su fundamento en el principio de autorresponsabilidad y de la buena fe del artículo 7 del CC, de acuerdo con algunos pronunciamientos de nuestro TS³³.

En tercer lugar, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL o *Principles of European Contract Law*) han contribuido a que la jurisprudencia de nuestro TS perfile un requisito adicional del error, que es la **imputabilidad del mismo a la parte que facilitó la información errónea**. Dichos PECL, con carácter de *soft law*, establecen en sus artículos 1:305 (en general) y 4:103 (en particular sobre el error vicio) qué se entiende por imputabilidad o intención:

“Una parte podrá anular un contrato por existir un error de hecho o de derecho en el momento de su conclusión si:

- (a) (i) el error se debe a una información de la otra parte,
 - (ii) la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe, o
 - (iii) la otra parte hubiera cometido el mismo error, y
- (b) la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes”.

³² AP de A Coruña (Sección 3ª), Sentencia núm. 37/2015, de 6 de febrero (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: AC\2015\165). Fecha de última consulta: 26 de febrero de 2020.

³³ En concreto, la TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 542/2019, de 16 de octubre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2019\4168). Fecha de última consulta: 25 de febrero de 2020.

Con esta nueva exigencia jurisprudencial se endurecen los requisitos que debe cumplir el error denunciado por el supuesto agraviado, pues basta con que la entidad contratante “hubiera debido saber” dicho error para que el mismo le sea imputable, sin exigir siquiera el conocimiento real de que el daño iba a producirse (en cuyo caso habría que ir por la vía del dolo). El error debe ser reconocible para la entidad contratante.

Cabe también añadir que este requisito del error configurado por los PECL y aplicado por la jurisprudencia española ha sido recogido en la Propuesta de Modernización del CC en materia de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, en concreto, incorporando el contenido del artículo 4:103 de los PECL al artículo 1298 de ese cuerpo legal.

A modo de ejemplo, la STS de 3 de febrero de 2016³⁴ aplica el requisito de la imputabilidad a la EC. En este caso, los clientes eran un matrimonio de un conductor y una maestra jubilados, que acuden a la sucursal de su banco de confianza y contratan, por consejo de una empleada de dicha entidad, un paquete de acciones de dicha sociedad por importe de 9.997,50 euros. Poco tiempo después, la EC tiene que ser intervenida y rescatada, lo que hace que el valor de las acciones disminuya drásticamente en solo un año. El Alto Tribunal aplica el artículo 4:103 de los PECL, afirmando que el folleto informativo que fue entregado a los clientes no contenía una imagen fiel de la solvencia de la EC, pues la capacidad de la misma para obtener beneficios, transmitida a los clientes por la empleada, no se correspondía en absoluto con la realidad. De esta manera, el TS dispone que la EC sabía o podría haber sabido que, si los clientes hubieran conocido la realidad financiera de la EC, de ninguna manera hubieran consentido en contratar el paquete de acciones, máxime cuando no se trataban de inversores experimentados, sino de clientes con la única información contenida en un folleto creado y facilitado por la EC.

³⁴ TS (Sala de lo Civil, Sección Pleno), Sentencia núm. 24/2016, de 3 de febrero (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2016\1). Fecha de última consulta: 25 de febrero de 2020.

Otro ejemplo es la SAP de Madrid de 2 de junio de 2014³⁵. En este caso, un cliente de profesión camionero, de 48 años, busca “inversiones a plazo fijo y de poco riesgo”, según los hechos probados de la Sentencia. Así, contrata con su EC un paquete de participaciones preferentes por valor de 30.000 euros, por consejo de la empleada de su sucursal, quedando también probado que ésta le asegura que es un producto sin riesgo alguno y que, además, puede retirar las cantidades invertidas en cualquier momento. La AP de Madrid reconoce “el derecho de las partes de anular el contrato cuando haya sufrido un error como consecuencia de la información facilitada por la otra parte, siempre que la parte inducida a error no hubiera celebrado el contrato en caso de haber obtenido una información adecuada (...)” (FJ. 4º). Así, se afirma que el cliente en ningún momento fue informado de que estaba contratando un producto de alto riesgo, y que tampoco fue su intención, ya que no estaba buscando un producto complejo de inversión, pues de haber sabido los riesgos concretos de dicha operación no hubiera admitido contratar el paquete de participaciones preferentes.

Por último, a idéntica conclusión llega la AP de Madrid, en el ámbito de la contratación de *swaps* o permutas financieras, en su Sentencia de 28 de enero de 2013³⁶. En este caso, el cliente alega error vicio del consentimiento en cuanto a un contrato de permuta financiera con su EC, realizado a la par que un préstamo hipotecario. Aquí queda probado que el agraviado buscaba limitar su exposición al riesgo de fluctuación de los tipos de interés, pero en su lugar la EC le aconsejó la contratación de un producto complejo como el *swap*. La AP establece que el cliente no buscaba en ningún momento un producto de inversión, pero que “si firmó uno de los *swaps* fue con la idea de considerar que el producto que se le había ofertado ofrecía, al menos aparentemente, esa finalidad” (FJ. 2º). Así, el error queda imputado a la EC, que sí conocía los riesgos del producto complejo y sabía o debía haber sabido que el cliente jamás hubiera aceptado esa contratación de haber sabido los riesgos que llevaba aparejados.

³⁵ AP de Madrid (Sección 14ª), Sentencia núm. 197/2014, de 2 de junio (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: AC\2014\1786). Fecha de última consulta: 25 de febrero de 2020.

³⁶ AP de Madrid (Sección 11ª), Sentencia núm. 61/2013, de 28 de enero (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR\2013\87178). Fecha de última consulta: 25 de febrero de 2020.

2.2.2. Efectos de la apreciación de error vicio.

2.2.2.1. Nulidad del contrato.

Ha quedado ya de manifiesto que el error debe ser esencial para que pueda declararse la nulidad del contrato de financiación. El artículo 1.300 del CC recogía la acción de nulidad y la consecuente restitución recíproca de las prestaciones. Sin embargo, se ha suscitado en la jurisprudencia un debate acerca de cuáles deben ser los efectos de dicha nulidad: ¿cabe la nulidad “parcial” del contrato que permita la expulsión de la cláusula que causó el error en el consentimiento pero, al mismo tiempo, que se mantenga en vigor el resto del contrato? Ya se apuntó que este aspecto implica una clara diferencia respecto de la vía de la abusividad de las cláusulas no negociadas en el contrato con consumidores. La ya citada STS de 8 de junio de 2017 establecía que la nulidad por cláusulas abusivas conllevaba “la nulidad de la cláusula controvertida, la pervivencia del contrato sin esa cláusula y la restitución de lo que el predisponente haya percibido como consecuencia de la aplicación de la cláusula abusiva, mientras que la anulación por error vicio del consentimiento afecta al contrato en su totalidad” (FJ 6º).

¿Qué ocurre, entonces, con aquel cliente que ve como los Tribunales declaran la total nulidad del contrato y obligan a la restitución recíproca de las prestaciones? Imaginemos un agraviado que solicitó un préstamo hipotecario y en dicho contrato se incluía un derivado financiero complejo, cuya existencia es la causante del error en el consentimiento. ¿Debe, entonces, el cliente, devolver la totalidad del préstamo que recibió de la EC, en ejecución de sentencia? Cabe plantear si ésa era realmente la finalidad del demandante y si, a la postre, de la sentencia no se deriva un resultado más gravoso para él.

Esta problemática es especialmente relevante en los casos en los que se alega error respecto de la cláusula que recoge los costes de cancelación del contrato pues, en ocasiones, aunque el cliente sea consciente de los riesgos que asume al contratar un producto financiero complejo, desconoce o carece de la suficiente información con respecto a lo que le costaría cancelar anticipadamente el contrato como consecuencia de liquidaciones negativas

periódicas. La STS de 17 de febrero de 2017³⁷ sentó doctrina con respecto a este asunto. Así, con respecto de un contrato de permuta financiera o *swap* de intereses, el Alto Tribunal sentencia que “el error debe ser sustancial y relevante en relación con la totalidad del contrato, razón por la cual, de apreciarse, la nulidad afectaría a la totalidad del contrato, pero no a unas determinadas cláusulas” (FJ 2º). Así, el TS afirmó que no procedía declarar la nulidad de la cláusula relativa a los costes de cancelación del *swap* y, a la vez, mantener intacto el resto del contrato. Y ello por dos razones. La primera, porque si la cláusula en cuestión se consideraba como “no esencial”, entonces no procedía afirmar que el error en el consentimiento así lo fuera. La segunda, porque si se apreciara el carácter esencial de esa cláusula, entonces no tendría sentido la supervivencia del resto del contrato sin la misma.

Por tanto, y según JUAN GÓMEZ³⁸, el hecho de que el error sobre un elemento esencial del contrato conlleve necesariamente la nulidad total del mismo no contradice la doctrina legal y jurisprudencial española, que sí admite unánimemente la nulidad parcial con respecto de cláusulas o elementos del contrato accesorios o no principales.

2.2.2.2. *Adaptación del contrato.*

Ha quedado claro que la jurisprudencia de nuestro TS se inclina por la nulidad de todo el contrato en caso de apreciar error en el consentimiento sobre un elemento esencial del mismo. Sin embargo, algunos autores apuestan, con base en un principio de justicia material, por una reconstrucción del contrato viciado. ¿Cómo se accionaría dicha reconstrucción? Con la **confirmación**, por parte del agraviado, del contrato viciado, y la subsiguiente petición de indemnización, bien por la vía genérica de la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del CC, o bien alegando el **dolo incidental** del artículo 1.270 del CC. Este artículo únicamente dispone que “[e]l dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios”.

³⁷ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 104/2017, de 17 de febrero (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2017\590). Fecha de última consulta: 14 de marzo de 2020.

³⁸ JUAN GÓMEZ, M.C., “Nulidad parcial por vicios del consentimiento: una leyenda urbana”, en *Revista de Actualidad Civil*, núm. 4, abril, 2017, p.63.

PANTALEÓN³⁹, refiriéndose a las cláusulas que afectan al contenido esencial del contrato, afirma que el cliente agraviado puede invocar el dolo incidental del dicho artículo en el caso en que considere que la EC ha utilizado “maquinaciones insidiosas” (en terminología del artículo 1.269 de nuestro CC), para ocultar información relevante del contrato. ALFARO⁴⁰ también considera la posibilidad de invocación del dolo incidental porque éste se produce “durante la negociación”, pues el cliente quería contratar, pero no en las condiciones estipuladas por la EC, quien empleó esas maquinaciones para “obtener una estipulación más ventajosa”.

Sin embargo, y lo que resulta verdaderamente novedoso a mi juicio, es que el concepto de “indemnización” del artículo 1.270 del CC no tiene por qué circunscribirse al sentido literal de la palabra. PANTALEÓN⁴¹ dispone que esa indemnización por daños y perjuicios puede constituir una vía para “poner a quien sufrió el dolo (...) en la situación en la que, manteniendo vigente el contrato, aquél se habría encontrado si la maquinación insidiosa no hubiera existido”. Efectivamente, la propuesta de estos autores y de algunos más es que podrá llegarse a esa indemnización mediante la **adaptación del contrato**, siendo esta solución pro principio de conservación del contrato del artículo 1.284 del CC.

Como hemos dicho, esta adaptación del contrato viciado no tiene por qué consistir en la indemnización de una cantidad monetaria. De acuerdo con ALFARO⁴², la regla general suele ser la expulsión del contrato de la cláusula no transparente pero, además, se puede optar por una rebaja del precio, basada en el descuento del exceso de onerosidad obtenido por la EC gracias al defecto del consentimiento.

³⁹ PANTALEÓN, F., “10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato”, en *Almacén de derecho*, 12 de marzo de 2017. Disponible en: <https://almacenederecho.org/10-tesis-la-falta-transparencia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato/>

⁴⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato”, *Almacén de derecho*, 21 de marzo de 2017. Disponible en: <https://almacenederecho.org/clausulas-predispuestas-describen-objeto-principal-del-contrato/>

⁴¹ PANTALEÓN, F., *op. cit.*

⁴² ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *op. cit.*

Sería deseable que esta solución de adaptación por error incidental se contemplara en la propuesta de modernización del CC en materia de obligaciones y contratos pero, lamentablemente, en el nuevo artículo 1.300 de dicha propuesta se sigue hablando del concepto de “indemnización” y refiriéndose exclusivamente al dolo incidental.

De manera alternativa a la vía de extensión del artículo 1.270 del CC a los casos de error incidental, los PECL recogen también la posibilidad de adaptación del contrato en el artículo 4:105, si bien también otorgan facultades de readaptación al juez en el caso en que ambas partes hubieran cometido el mismo error:

“Cuando una parte tiene derecho a anular el contrato por la existencia de error, pero la otra parte indica su voluntad de cumplir en los términos que la primera había entendido o, efectivamente, ejecuta el contrato en dichos términos, se considerará que el contrato se ha pactado tal y como lo entendió la víctima del error (...)”.

Asimismo, el artículo 1.301 *in fine* de la propuesta de modernización del CC dispone que “[a] petición de la parte perjudicada, puede el Juez introducir en el contrato aquellas modificaciones que sean necesarias para adaptarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico”.

2.3. REGULACIÓN ACTUAL DEL DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL: LA NORMATIVA MIFID.

Los requisitos de esencialidad, excusabilidad e imputabilidad del error vicio fueron criterios necesarios, en una **etapa inicial**, para que los Tribunales pudieran apreciar la existencia de un consentimiento viciado del cliente agraviado.

Sin embargo, fruto de la masiva litigiosidad en cuanto a contratos de financiación se refiere, la UE decidió implementar sendas directivas para tratar de regular y estandarizar el procedimiento que las EC y las ESI debían llevar a cabo cuando ofrecían determinados productos complejos a los clientes y consumidores, con el fin de evitar conductas fraudulentas y abusivas por parte de estas entidades. Se trata de las Directivas MiFID o

Markets in Financial Instruments Directives, dos regulaciones que marcan un antes y un después en los pronunciamientos de los Tribunales españoles y comunitarios.

Una **primera etapa MiFID** comienza con la aprobación de la Directiva MiFID I⁴³, adoptada en el marco europeo, tal y como se recoge en su Considerando 2, como consecuencia del “aumento del número de inversores que participan en los mercados financieros, donde encuentran una gama mucho más compleja de servicios e instrumentos”. Esta Directiva sustituyó a la Directiva de 10 de mayo de 1993⁴⁴, que ya desde su aprobación por los Estados miembro de la UE tuvo como objetivo la armonización de las condiciones de protección a los inversores dentro del mercado único europeo, que es el marco contextual donde se deben salvaguardar las libertades de circulación.

Esta Directiva MiFID I fue traspuesta al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de modificación de la LMV de 1988. La reforma de la LMV se vio complementada posteriormente con el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero⁴⁵. Según el Preámbulo de este último, su finalidad esencial era “finalizar dicha transposición y completar el desarrollo reglamentario del régimen aplicable a las entidades que prestan servicios de inversión tras los cambios introducidos recientemente en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, profundizando en los principios que ya inspiraron la modificación de dicha Ley”.

Sigue enunciando el Real Decreto los principios configuradores o inspiradores de la reforma de la LMV (y, por supuesto, también los del propio Real Decreto), que se pueden sintetizar en los siguientes: “[l]a modernización de los mercados financieros para adaptarlos a las nuevas necesidades (se amplían los servicios de inversión creando, a su vez, un nuevo

⁴³ Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo (DOUE 30 de abril de 2004).

⁴⁴ Directiva 93/22/CEE, del Consejo, de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables.

⁴⁵ 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 y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre (BOE 16 de febrero de 2008).

tipo de empresa de servicios de inversión); el refuerzo de las medidas dirigidas a la protección de los inversores (se establece en el Real Decreto un amplio catálogo de normas al que ha de sujetarse la actuación de quienes presten servicios de inversión); y, por último, la adaptación de los requisitos de organización exigibles a las entidades que prestan servicios de inversión para garantizar que, en general, su organización se adecua a la compleja gama de servicios que prestan”. Asimismo, el artículo 19.1 de la Directiva dice expresamente que la ESI deberá actuar “con honestidad, imparcialidad y profesionalidad, en el mejor interés de sus clientes (...)”.

La segunda etapa, denominada **MiFID II**, comenzó el 3 de enero de 2018 con la aprobación de dos normas europeas: la Directiva MiFID II⁴⁶ y el Reglamento MiFIR⁴⁷. De acuerdo con PINO ABAD⁴⁸, esta nueva normativa refuerza el contenido de la anterior en cuanto a los deberes de suministrar la información precontractual a los clientes.

Pero existen, sin duda, dos novedades que introduce esta normativa comunitaria que son indudablemente revolucionarias. En primer lugar, se impone el deber a las EC y ESI de clasificar a sus clientes en función del conocimiento y experiencia que tengan en contratación con productos financieros complejos (ex artículo 78 bis de la LMV). De acuerdo con VALPUESTA GASTAMINZA⁴⁹, esta distinción sirve para cumplir con la exigencia europea de “conozca a su cliente” (*know-your-costumer*), para así poder ofrecer la información financiera adaptada a las necesidades de inversión o de financiación concretas. Así, el cliente puede ser catalogado como “minorista”, “cliente profesional” o “contraparte elegible”, y dependiendo de qué clase de cliente sea, gozará de una protección más o menos extensa.

⁴⁶ Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (DOUE 12 de junio de 2014).

⁴⁷ Reglamento 600/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativo a los mercados de instrumentos financieros y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012 (DOUE 12 de junio de 2014).

⁴⁸ PINO ABAD, M., “El deber de información de las entidades financieras tras la entrada en vigor de MiFID II: especial referencia a la contratación de ‘SWAP’”, en *Problemas actuales y recurrentes en los mercados financieros: Financiación alternativa, gestión de la información y protección del cliente*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., enero 2018, p. 456.

⁴⁹ VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Incumplimiento de la normativa comunitaria MiFID en cuanto a los deberes de información y evaluación del cliente: consecuencias en el ámbito contractual según la jurisprudencia española”, en *Cuadernos de Derecho Transaccional*, marzo 2016, vol. 8, núm. 1, p. 274.

El artículo 4 de la Directiva MiFID I (y su Anexo II) recogen unas definiciones de estas categorías. Así, el cliente profesional es aquél que “posee la experiencia, los conocimientos y la cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y para valorar correctamente los riesgos inherentes a dichas decisiones”. A continuación, la normativa recoge una lista cerrada de qué personas físicas o jurídicas se consideran profesionales. A modo de ejemplo, se consideran clientes profesionales las EC, las ESI, las compañías de seguros, las grandes empresas que cumplan algunos requisitos de volumen de negocio y activo, los gobiernos, organismos públicos y bancos centrales, etc. Las contrapartes elegibles son, ex artículo 78 ter de la LMV, entidades que tengan la calificación de cliente profesional, pero que gozan de la menor protección por parte de la legislación por su mínima aversión al riesgo. En cuanto al cliente minorista, la normativa europea recoge una definición de exclusión: se entiende por minorista todo aquel que no sea considerado profesional.

En segundo lugar, este deber de clasificación culmina en la obligación de llevar a cabo por la ESI dos test a sus clientes, cuya realización varía en función de si son profesionales o minoristas. En el caso en que la ESI cumpla religiosamente con el contenido de dichos test, entonces se verá “protegida” frente a futuras demandas de clientes por insuficiencia de información. Estos test son el test de idoneidad y el test de conveniencia.

En primer lugar, el **test de idoneidad** es el que más información demanda, pues se dirige a cualquier potencial cliente, minorista o profesional. De acuerdo con el artículo 213 de la LMV, este test está previsto para situaciones en las que el cliente solicita unos servicios de “asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras”. Por tanto, se exige un examen completo de la situación real de del cliente: se requiere el nivel de experiencia y conocimientos del cliente en el ámbito de la contratación con productos complejos, su situación financiera (además de su capacidad para soportar pérdidas), y sus objetivos de inversión, incluida su tolerancia al riesgo. El fin último de este test es la recomendación, por parte de la ESI, de los productos financieros que más se ajusten a los intereses del cliente.

En segundo lugar, el **test de conveniencia** aparece recogido en el artículo 19.5 de la Directiva MiFID I, y en el artículo 214 de la LMV. Su finalidad es recabar información del

cliente acerca de sus conocimientos y nivel de experiencia en la contratación con productos complejos para que, en palabras de la propia Directiva, “la empresa de inversión pueda evaluar si el servicio o producto de inversión previsto es adecuado para el cliente”. De acuerdo con la STS de 20 de noviembre de 2015⁵⁰, este test está pensado para “cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada” (FJ. 3º).

En el caso de clientes profesionales, la normativa no obliga a las ESI a realizar el test de idoneidad, pues se entiende que el cliente tiene suficientes conocimientos o experiencia sobre el producto que pretende contratar. Sin embargo, ¿qué ocurre cuando la entidad que ofrece el producto financiero no realiza adecuadamente el test de idoneidad o el de conveniencia? De acuerdo con RODRÍGUEZ-ROSADO⁵¹, el hecho de no informar correctamente al cliente no implica la declaración automática de la nulidad del contrato de financiación, pero la omisión de dichos test sí puede producir la “apertura de un expediente sancionador por la CNMV”. Esto es así porque la normativa MiFID no contempla ninguna consecuencia jurídica en particular por la inobservancia de dichos preceptos, sino que concede plena libertad a la legislación y jurisprudencia de cada Estado miembro de la UE para que regulen la cuestión.

A raíz de la importantísima STS de 20 de enero de 2014, ya citada en este trabajo, surgió un precedente en la jurisprudencia sobre el deber de información en los contratos de *swap* o permuta financiera. Sin perjuicio de lo anteriormente dispuesto, si bien no se produce la nulidad automática del contrato cuando la EC o ESI no suministra adecuadamente la información precontractual, ello no obsta a que los Tribunales españoles puedan presumir la existencia de un error excusable que vicia el consentimiento del cliente. En palabras del propio TS:

⁵⁰ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 651/2015, de 20 de noviembre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\ 2015\5629). Fecha de última consulta: 19 de marzo de 2020.

⁵¹ RODRÍGUEZ-ROSADO, B., *op. cit.*, p. 31.

“La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo” (FJ. 13º).

Como se ha dicho anteriormente, al no estar obligada la ESI a realizar el test de idoneidad al cliente profesional ex artículo 213.3 de la LMV, no resulta descabellado pensar que la presunción de error vicio no sea de aplicación a estos clientes profesionales, pues la normativa presume que tienen el conocimiento o experiencia suficientes para conocer qué producto están contratando. En este caso, la carga de la prueba revertirá al cliente profesional, que tendrá efectivamente que probar que existió error esencial y excusable.

Además, RODRÍGUEZ-ROSADO⁵² afirma que existe otra excepción, además de la anterior, a la presunción de error excusable como consecuencia de la omisión del deber de información por parte de la ESI, que no es otra que el “reverso de la regla excepcionada”. Así, esta presunción es *iuris tantum* o que admite prueba en contrario, por lo que la ESI podrá enervarla alegando que el cliente en cuestión conocía los riesgos del concreto producto complejo, por ser un “cliente experto”.

Posteriormente, en el análisis jurisprudencial de este trabajo de investigación, se pondrán de manifiesto algunos ejemplos de cómo nuestros Tribunales perfilan el concepto de “perfil del inversor” para determinar en qué casos se considera que un cliente es experto en la contratación con productos financieros complejos.

⁵² RODRÍGUEZ-ROSADO, B., *op. cit.*, p. 37.

CAPÍTULO III: CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL SENTIDO DEL TRLGDCyU

Este apartado del trabajo explora la segunda alternativa para el cliente que se ve afectado por la falta de transparencia en la información precontractual relativa a un contrato de financiación. Se trata de la existencia de cláusulas predispuestas insertas en el contrato de la EC o ESI, de manera que el cliente (que tiene atribuida la condición de consumidor ex artículo 3 del TRLGDCyU) puede pedir la no incorporación de las mismas o su nulidad de pleno derecho, siempre y cuando se aprecie su falta de transparencia.

3.1. REGULACIÓN.

Las cláusulas insertas en contratos de adhesión están reguladas en tres principales cuerpos legislativos. En primer lugar, los artículos 80 y siguientes del TRLGDCyU regulan las condiciones generales y las cláusulas abusivas. Así, el artículo 82.1 de la Ley establece que se entenderán abusivas “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas (sic) prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

En segundo lugar, a nivel europeo se aprobó la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. La razón de la armonización a nivel comunitario se encuentra, de acuerdo con el tercer Considerando de dicha Directiva, en las notables diferencias de regulación en las legislaciones de los Estados miembro de la UE de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores. El artículo 4.2 de la citada Directiva recoge lo siguiente en cuanto a la abusividad de las cláusulas en un contrato con consumidores y usuarios:

“La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

En tercer lugar, la LCGC (que precisamente incorpora al Derecho español la anterior Directiva) dispone que se entiende por condición general de la contratación en su artículo 1: “[s]on condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”. Como se comentará en el apartado tercero de este capítulo, esta Ley recoge las consecuencias jurídicas derivadas de la apreciación de no transparencia de la condición general del contrato en sus artículos 7 y 8.

Los pronunciamientos de nuestros Tribunales previos a la famosa STS 241/2013, de 9 de mayo (que se analizará en el siguiente capítulo), negaban firmemente el carácter de condiciones generales de la contratación a las cláusulas contractuales que versaran sobre elementos esenciales del contrato, pues se presuponía que el consumidor las había negociado individualmente con la entidad y, por consiguiente, las podía conocer y aceptar libre y voluntariamente.

3.2. ACCIONES INDIVIDUALES Y COLECTIVAS.

El artículo 11 de la LEC⁵³ contempla tanto las acciones individuales como las colectivas (estas últimas, de intereses determinados y de intereses difusos) que pueden interponer consumidores y usuarios en defensa de sus intereses. No han sido pocos los casos en los que un cliente ha estimado oportuno interponer una demanda contra una EC o ESI en defensa de sus intereses individuales (acción individual), cuando existía un proceso paralelo de demanda colectiva por alguna asociación de consumidores y usuarios contra esa misma entidad. Así, la SAP de Granada, de 23 de mayo de 2014⁵⁴, citada por CORDÓN MORENO⁵⁵, ya distinguía entre los controles de las acciones individuales y colectivas:

⁵³ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero de 2000).

⁵⁴ AP de Granada (Sección 3ª), Sentencia núm. 128/2014, de 23 de mayo (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: AC\2014\1686). Fecha de última consulta: 25 de marzo de 2020.

⁵⁵ CORDÓN MORENO, F., “Acción colectiva y acción individual para la defensa de los derechos de los consumidores”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 31, enero/diciembre, 2017, p. 224.

“La acción individual y colectiva no son iguales (...), ya que mientras para la acción colectiva se lleva a cabo un control abstracto de validez, en consideración de lo que puede entenderse como un consumidor medio y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa; en la acción individual el examen parte de las circunstancias concurrentes del caso concreto, partiendo de la posición individual del consumidor accionante” (FJ. 1º).

De la misma manera se pronuncia el Abogado General MACIEJ SZPUNAR en sus Conclusiones presentadas el 14 de enero de 2016⁵⁶ con respecto a la STJUE de 14 de abril de 2016⁵⁷, citado asimismo por CORDÓN MORENO⁵⁸:

“[S]e trata de acciones de diferente naturaleza con un objeto parcialmente coincidente. (...) [M]ientras que en la acción colectiva de cesación las partes tienen la posibilidad de formular sus observaciones sin que puedan valorarse todas las circunstancias de cada caso concreto (control abstracto y general), (...) en la acción individual el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que se suscribió el contrato de préstamo, incluyendo su evolución, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa” (párrafo 35).

La jurisprudencia tradicional anterior a 2013 apostaba por la acción individual en los casos en los que un cliente denunciaba la falta de transparencia de las cláusulas que versan sobre elementos esenciales del contrato. De acuerdo con PANTALEÓN⁵⁹, éstas son una “cuestión de consentimiento viciado del consumidor, en un ámbito en el que puede jugar justa y eficientemente y, por lo tanto, debe jugar la autonomía privada (...): el legislador quiere que el consumidor lea y comprenda bien el significado de las referidas cláusulas”. Así, se dejaba para el ámbito de las acciones colectivas las condiciones generales de la contratación susceptibles de ser abusivas pues, de acuerdo con este mismo autor, se trata de un campo en el que el consumidor es incapaz de “jugar justa y eficientemente”, por lo que

⁵⁶ Conclusiones del Abogado General MACIEJ SZPUNAR para los Asuntos C-381/14 y C-385/14 (texto obtenido de la base de datos Curia Europa. Fecha de última consulta: 25 de marzo de 2020. Recuperado de: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=173528&doclang=ES>

⁵⁷ TJUE (Sala Primera), Sentencia de 14 de abril de 2016, Asuntos C-381/14 y C-385/14 (Caso Jorge Sales Sinués y Otro contra Caixabank, S.A y Otro). Texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: TJCE\2016\138. Fecha de última consulta: 26 de marzo de 2020.

⁵⁸ CORDÓN MORENO, F., *op. cit.*, p.226.

⁵⁹ PANTALEÓN, F., *op. cit.*, p.1.

no procedería aplicar las reglas de la autonomía de la voluntad, ya que “el legislador no quiere que el consumidor pierda el tiempo tratando de leer y comprender las condiciones generales”.

3.3. CONTROL DE LA ABUSIVIDAD.

Conforme a la LCGC, cuando una cláusula tiene atribuida la consideración de condición general de contratación debe ser objeto de un doble control en aras de determinar su transparencia: control de inclusión y control de contenido.

El primer control que debe superar una cláusula en un contrato con consumidores es el de **inclusión** como condición general de la contratación. El artículo 5 de la LCGC contiene los requisitos para la incorporación de una cláusula al contrato con consumidores. Previamente a este control, el apartado 1 del citado artículo exige a la EC o ESI proporcionar una adecuada información precontractual al adherente: debe informarle acerca de la existencia de dicha cláusula y facilitarle un ejemplar de la misma. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 80.1.b) del TRLGDCyU, que exige “accesibilidad y legibilidad” en la cláusula no negociada individualmente. Así, estamos ante un primer filtro “formal”.

De acuerdo con HERNÁNDEZ PAULSEN⁶⁰, el control de inclusión de la cláusula se refiere a la verificación de que la misma está redactada en términos transparentes, claros, concretos y sencillos para el consumidor. El AAP de Castellón, de 7 de diciembre⁶¹, declaró que una cláusula general incluida en un contrato de adquisición de una tarjeta de crédito no superaba el control de inclusión por “la letra tan minúscula que emplea para lo que se necesita el uso de una lupa no siendo suficiente las lentes usuales de lectura” (FJ. 2º). Este control debe ser realizado a cualesquiera cláusulas del contrato, recaigan o no sobre elementos esenciales del contrato.

El segundo control es el de **contenido**, que debe llevarse a cabo una vez la cláusula controvertida haya superado el control de inclusión. Se trata, a diferencia del anterior, de un

⁶⁰ HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *op. cit.*, p. 302.

⁶¹ AP de Castellón (Sección 3ª), Auto núm. 211/2017, de 7 de diciembre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR\2017\295450). Fecha de última consulta: 25 de marzo de 2020.

control “material” de lo dispuesto en la cláusula. Así, el vigésimo considerando de la Directiva 93/13 establece que “los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas (...)”. En concreto, una cláusula no superará este filtro cuando tenga la consideración de “abusiva” ex artículo 8 de la LCGC. Ya se ha aludido anteriormente a la definición que el artículo 82.1 del TRLGDCyU contiene respecto del concepto de abusividad.

La jurisprudencia española anterior a la citada STS 241/2013 era partidaria de excluir del control de abusividad previsto por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 a las cláusulas sobre elementos esenciales del contrato. De esta manera, si los Tribunales apreciaban que una cláusula versaba sobre el objeto principal del contrato de financiación, entonces negaban el carácter de condición general y no permitían la realización del control de contenido. A modo de ejemplo, la STS 406/2012, de 18 de junio⁶², afirmó lo siguiente:

“[D]icho control de contenido no permite entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato y, por tanto, a valorar la posible ‘abusividad’ del interés convenido; no hay, por así decirlo, desde la perspectiva de las condiciones generales, un interés “conceptualmente abusivo”, sino que hay que remitirse al control de la usura para poder alegar un propio “interés usurario” que afecte a la validez del contrato celebrado” (FJ. 3º).

3.4. EFECTOS DERIVADOS DE LA FALTA DE TRANSPARENCIA.

En el capítulo anterior, en caso de apreciación de error vicio en el consentimiento por los Tribunales la sanción jurídica era la nulidad del contrato, que afectaba a la totalidad del mismo. Sin embargo, en el caso de cláusulas incorporadas a un contrato con consumidores y usuarios las consecuencias jurídicas derivadas de la incorrecta aportación de información precontractual son muy distintas, existiendo incluso diferencias en función de si la cláusula no ha superado el control de inclusión o el control de contenido.

⁶² TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2012\8857). Fecha de última consulta: 25 de marzo de 2020.

3.4.1. No incorporación.

El artículo 7 de la LCGC establece la sanción de no incorporación al contrato de la cláusula que haya incumplido el control de inclusión. Así, no serán incorporadas las condiciones generales que el adherente no haya tenido la oportunidad real de conocer (apartado primero), o las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles (apartado segundo). Existe una excepción con relación a las cláusulas que pudieran ser incomprensibles: se podrán incorporar al contrato en el caso en que el consumidor las hubiere aceptado y cumplieren los requisitos específicos de transparencia de su ámbito.

3.4.2. Nulidad de pleno derecho.

La consecuencia del incumplimiento del control de contenido es la nulidad de pleno derecho de la cláusula, de acuerdo con los artículos 5.5 y 8 de la LCGC. A diferencia de lo contemplado en el error vicio del consentimiento, en este caso el artículo 83 del TRLDCyU recoge expresamente la posibilidad de supervivencia del contrato tras la expulsión del mismo de una cláusula abusiva, siempre que la misma no sea imprescindible.

De la misma manera se pronuncia el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, que establece que las cláusulas abusivas no vincularán al cliente agraviado y obliga al cumplimiento obligatorio del resto del contrato, en sus mismos términos, “si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

CAPÍTULO IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y ÚLTIMAS POSTURAS DE LOS TRIBUNALES

4.1. LA STS 241/2013: UN PUNTO DE INFLEXIÓN EN LA POSTURA DE LOS TRIBUNALES.

Tradicionalmente, ante las deficiencias en la información precontractual suministrada por las EC o ESI, el agraviado podía elegir la vía del error vicio o la vía de la abusividad de la condición general en función de si la cláusula estaba negociada individualmente o no. Es decir, si el cliente había acordado con la entidad contratante una condición específica derivada de su situación particular, únicamente cabía alegar error en el consentimiento para conseguir la nulidad del contrato mediante una acción individual, y no colectiva.

Antes de la STS 241/2013, de 9 de mayo, era requisito de toda la jurisprudencia española, para accionar la vía de abusividad de la cláusula, que la misma versara sobre elementos no esenciales del contrato de financiación, pues en caso contrario se negaba la realización de los controles de abusividad. Este pronunciamiento del Alto Tribunal supuso un giro de 360 grados en la postura de nuestros Tribunales.

4.1.1. Supuesto de hecho.

La asociación de consumidores AUSBANC interpuso una demanda contra una pluralidad de EC (entre ellas, BBVA y otras Cajas Rurales) en la que se pedía al Tribunal que declarara la nulidad de determinadas condiciones generales de la contratación consistentes en cláusulas insertas en contratos de préstamos hipotecarios a interés variable celebrados con consumidores y usuarios, y la prohibición de su utilización en un futuro. Dichas cláusulas establecían un tipo mínimo de interés (cláusula suelo) para limitar las eventuales oscilaciones del interés de referencia (normalmente, el EURIBOR a un año). Así, se trataba de estipulaciones que actuaban como topes mínimos infranqueables de los intereses a pagar por el cliente que solicita el préstamo, de manera que, si el tipo de interés del EURIBOR descendía por debajo del tope pactado, el cliente no se vería afectado por dicha bajada.

Si un cliente pretendía solicitar un préstamo con garantía hipotecaria, la EC le ofrecía un interés pactado de, por ejemplo, 5% durante los próximos X años, de manera que, si el EURIBOR bajaba por debajo de ese porcentaje los años posteriores, el cliente debía seguir pagando un interés del 5%. Sin embargo, AUSBANC consideraba que dichas cláusulas eran abusivas en tanto en cuanto el tope mínimo fijado por la EC era tan elevado que convertía el préstamo a interés variable en uno a interés fijo variable únicamente al alza.

Las demandadas contestaron a la demanda alegando que dichas cláusulas no eran condiciones generales de la contratación por regular elementos esenciales del contrato (el precio, en este caso) y negaron además su carácter abusivo, entre otras cuestiones.

Las sentencias de instancia fueron contradictorias. La de primera instancia consideró que dichas cláusulas eran condiciones generales abusivas y que habían sido impuestas unilateralmente por el empresario. La sentencia de segunda instancia, por su parte, estimó que no eran condiciones generales por versar sobre el precio, elemento esencial del contrato. Además, negó la abusividad de las mismas por entender que habían sido negociadas individualmente con cada cliente y aceptadas libre y voluntariamente por éstos. Finalmente, AUSBANC interpuso recurso de casación y de infracción procesal ante el TS.

4.1.2. Pronunciamiento del TS.

En este apartado se aludirá a las cuestiones expuestas por el Alto Tribunal que resultan más relevantes en el presente trabajo.

4.1.2.1. Condiciones generales sobre elementos esenciales del contrato.

La sentencia de segunda instancia niega el carácter de condiciones generales de las cláusulas suelo precisamente porque versan sobre uno de los elementos esenciales del contrato: el precio del préstamo. Sin embargo, el artículo 1 de la LCGC establece que “[s]on condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las

mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.

El TS afirma en esta sentencia, de manera innovadora, que “una condición general de la contratación pueda referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este” (FJ. 7º). Esto es así porque, de acuerdo con el Alto Tribunal, existen sectores en la economía en los que es casi inviable establecer “tratos personalizados de los términos y las condiciones de los contratos”. Se refiere sobre todo a los ámbitos de contratación masiva de productos, como el bancario o el financiero, que son “grandes consumidores de cláusulas contractuales” (FJ. 8º).

Así, esta STS abre una tercera vía de actuación al agraviado. Además de la posibilidad de interposición de demanda colectiva para conseguir la nulidad de la cláusula abusiva que recaiga sobre elementos no esenciales del contrato, y de la acción individual basada en vicio del consentimiento referida a cláusulas negociadas individualmente, a partir de esta sentencia el perjudicado puede interponer acción contra una cláusula que incida sobre los elementos esenciales del contrato con base en la normativa de cláusulas abusivas. A mi juicio, esto amplía considerablemente el ámbito de protección de los consumidores y usuarios.

4.1.2.2. El control de las condiciones sobre elementos esenciales.

La sentencia de segunda instancia negó el carácter de condición general a las cláusulas suelo por considerar que versaban sobre elementos esenciales del contrato, y no entró a valorar si las mismas cumplían los controles recogidos en la LGCG de inclusión y de contenido. Como el TS afirma que las condiciones generales pueden serlo con respecto al objeto principal del contrato, entra a determinar si las condiciones de las cláusulas suelo versan sobre algún elemento esencial con base en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, citado en el anterior capítulo. Las cláusulas suelo quedan, pues, fuera del ámbito del citado artículo, pues se excluyen únicamente las cláusulas referidas a la “adecuación entre precio y retribución”, entre otras cuestiones, y en este caso la cláusula suelo es una herramienta para

determinar el cálculo del precio. Como las cláusulas suelo forman parte del precio que debe pagar el cliente a la EC, el TS entiende que definen de una manera “esencial” el objeto principal del contrato.

Una de las aportaciones jurisprudenciales más novedosas de esta STS es la relativa al control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, y en este aspecto la jurisprudencia europea ha influido notablemente en el pronunciamiento de nuestro Alto Tribunal. Así, en la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caso Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid)⁶³, el Alto Tribunal planteó ante el TJUE tres cuestiones prejudiciales sobre la procedencia o no del control de abusividad de cláusulas que delimitaban el contenido esencial del contrato. Ya en esta sentencia el TJUE afirmó, en su apartado 49, que “los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato (...), aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible”. De esta manera, el TJUE permite el “control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato” (apartado 44).

El TS, basándose en esta jurisprudencia europea, reconoce que las cláusulas suelo son condiciones generales y, además, que versan sobre elementos esenciales. Sin embargo, dispone que “el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo” (FJ. 10º). El Tribunal está hablando del **control de transparencia material** como “parámetro abstracto” de la validez de las cláusulas (FJ. 12º). Junto con el control de contenido, el TS habla de “doble filtro de transparencia”: ya no es suficiente un mero control de contenido (“transparencia documental”, en palabras del Alto Tribunal), sino que resulta determinante para descartar la abusividad de la cláusula que la EC haya suministrado la suficiente información al cliente que le permita percibir que, por incidir dicha cláusula sobre el objeto principal del contrato, puede perfectamente influir en su contenido. En palabras del TS, el control de transparencia

⁶³ TJUE (Sala Primera), Sentencia de 3 de junio de 2010, Asunto C-484/08 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: TJCE\2010\162). Fecha de última consulta: 31 de marzo de 2020.

material de las cláusulas no negociadas se basa en un “control de comprensibilidad real de su importancia [de las cláusulas] en el desarrollo razonable del contrato” (FJ. 12^a).

Mientras que el control de inclusión se aplicaba a cualesquiera cláusulas del contrato, fueran sobre el objeto principal o no, este control de transparencia material se debe aplicar a las condiciones generales sobre elementos esenciales. Así lo expone el Alto Tribunal en su STS de 28 de mayo de 2018⁶⁴: “[e]l ya referido control de incorporación es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación. Pero no ocurre igual con los controles de transparencia y abusividad, reservados a los contratos celebrados con consumidores” (FJ. 5^o). La STS de 3 de julio de 2018⁶⁵ también reitera dicha afirmación en el caso de una “sociedad mercantil con ánimo de lucro que interviene en el negocio jurídico en el marco de su actividad empresarial normal” (FJ. 3^o).

Esta cuestión es la que más discusión ha suscitado en la doctrina. Para algunos autores, como CÁMARA LAPUENTE⁶⁶, esta sentencia abre las puertas a un “tercer control de transparencia”, que se une a los dos explicados en el capítulo anterior (inclusión y contenido). PANTALEÓN⁶⁷, por otro lado, afirma que no es un “*tertium genus* de control”, ni tampoco un control del consentimiento, sino “un genuino control de contenido o abusividad, que se caracteriza por aplicarse a condiciones generales o cláusulas no negociadas individualmente (...)”. Este autor apuesta por la aplicación de este control de transparencia a aquellas cláusulas “sorprendentes” que son establecidas por el profesional en ejercicio de su posición de superioridad con respecto del cliente en la relación contractual.

⁶⁴ TS (Sala de lo Civil, Sección 1^a), Sentencia núm. 314/2018, de 28 de mayo (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2018\2281). Fecha de última consulta: 31 de marzo de 2020.

⁶⁵ TS (Sala de lo Civil, Sección 1^a), Sentencia núm. 415/2018, de 3 de julio (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2018\2789). Fecha de última consulta: 31 de marzo de 2020.

⁶⁶ CÁMARA LAPUENTE, S., “Control de cláusulas predisuestas en contratos entre empresarios”, *Almacén de derecho*, 27 de junio de 2016. Disponible en: <https://almacenederecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios/>

⁶⁷ PANTALEÓN, F., “Sobre la transparencia material de cláusulas predisuestas de lege data y de lege ferenda”, *Almacén de derecho*, 16 de febrero de 2020. Disponible en: <https://almacenederecho.org/sobre-la-transparencia-material-de-clausulas-predispuestas-de-lege-lata-y-de-lege-ferenda/>

4.2. EL PERFIL DEL INVERSOR: CLIENTE MINORISTA Y PROFESIONAL.

En este apartado se analizarán las últimas posturas de nuestros Tribunales en el ámbito del error en el consentimiento, pues éstos deben analizar circunstancias concretas o personales del cliente para determinar si éste pudo o no incurrir en vicio del consentimiento.

4.2.1. Sentencias a favor del cliente.

La masiva litigiosidad en materia de contratación con productos complejos se debía, en parte, a las diferencias posicionales entre las EC o ESI y los clientes que con ellas contratan. Así, como el cliente parte de una situación “desventajosa” en cuanto a información precontractual y contractual se refiere, la mayor parte de nuestros Tribunales acaban pronunciándose a favor de éstos.

Existen supuestos flagrantes e indiscutibles de error vicio del consentimiento. Un ejemplo de ello es la **SAP de Madrid, de 10 de diciembre de 2015**⁶⁸. En este caso, el litigio versaba sobre la contratación de un paquete de participaciones preferentes por valor de 49.000 euros por un matrimonio, que solicitaba a la AP la nulidad del contrato por error en el consentimiento, por considerar que la entidad no había proporcionado la información sobre las características y riesgos de la inversión, y tampoco había tenido en cuenta las condiciones personales y profesionales de los contratantes.

Los contratantes fueron clasificados como clientes minoristas, por lo que la entidad tuvo la obligación de realizar los test de idoneidad y conveniencia. En primer lugar, la AP consideró que no se cumplió el test de conveniencia, pues se trató de un control “puramente formal y predeterminado, hecho sin rigor alguno” (FJ. 4º), realizado a la esposa por ordenador, en el que únicamente tuvo que marcar con una x las opciones que quería contratar. Las preguntas recogidas en dicho test no admitían reformulación, sino que únicamente preveían respuestas predeterminadas y genéricas, como “*entiendo la terminología*”,

⁶⁸ AP de Madrid (Sección 9ª), Sentencia núm. 531/2015, de 10 de diciembre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR\2016\24886). Fecha de última consulta: 30 de marzo de 2020.

‘conozco sólo algunos necesarios’, ‘conozco el funcionamiento general de estas variables (sic)’, etc., sin que de su lectura se desprenda que, en efecto, conocía la naturaleza y riesgos que suponía invertir en participaciones preferentes” (FJ. 4º). Pese a que la cliente desconocía por completo el riesgo aparejado a dicha operación, la entidad bancaria estimó como “conveniente” el resultado de dicho test. Además, la entidad no realizó el test de idoneidad.

Lo relevante de esta sentencia a efectos del vicio del consentimiento, sin perjuicio de la errónea aplicación de los test de conveniencia e idoneidad por parte de la EC, es que los contratantes no solo eran clientes minoristas, sino que además eran personas ancianas (de aproximadamente 80 años de edad), jubiladas y, además, el esposo padecía desde hace tiempo alzhéimer.

La sentencia anterior recogía un caso extremo (y, a mi juicio, casi inmoral): una pareja no sólo sin experiencia en productos financieros complejos, sino además con avanzada edad y uno de ellos, incluso, con una patología previa. Sin embargo, el grueso de la jurisprudencia española no se refiere a supuestos tan claros como el anterior, sino que trata casos más dudosos. Cuando la normativa exige para la clasificación de profesional que el cliente tenga conocimientos y experiencia previos en la contratación con productos complejos, ¿qué entiende exactamente por conocimientos? ¿El hecho de tener estudios universitarios se encuadra dentro de dicha concepción? ¿Y el hecho de tener estudios superiores, como un máster, o haber aprobado una oposición?

La **STS de 11 de enero de 2019**⁶⁹ resuelve los recursos de casación e infracción procesal interpuestos por D. Sergio y sus dos hijos, quienes demandaron a una entidad bancaria por entender que la misma no había cumplido los deberes de información precontractual en sus contratos de productos complejos, por importe total de 180.000 euros. Esa falta de información había sido la causa, de acuerdo con los recurrentes, de un error vicio en el consentimiento.

⁶⁹ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 8/2019, de 11 de enero (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2019\12). Fecha de última consulta: 31 de marzo de 2020.

D. Sergio era Registrador de la Propiedad al tiempo de contratar los productos complejos. La sentencia de instancia había afirmado que el hecho de ejercer dicha profesión en activo suponía que el demandante poseía un profundo conocimiento en Derecho y, si bien no era un experto en el ámbito bancario, “la lectura del folleto y su indudable y acreditado conocimiento del derecho y su experiencia profesional previa, unido al conocimiento directo de la situación del mercado inmobiliario a la fecha (...), habían de suministrarle datos sobre el estado de la economía” (FJ. 1º).

Sin embargo, el TS termina estimando los recursos interpuestos por D. Sergio y sus dos hijos por entender que el hecho de haber superado una oposición no implica que el cliente deba ser clasificado como profesional:

“[L]a condición de Registrador de la Propiedad de D. Sergio, en el momento de la adquisición de estos productos financieros complejos, por sí sola, no le convierte en un inversor que podamos calificar de experto con conocimientos específicos sobre la naturaleza, características y riesgos asociados de estos productos financieros complejos, por más que de su cualificación profesional pueda presumirse un conocimiento profundo del Derecho registral y del tráfico patrimonial conexo a su función calificadora” (FJ. 3º).

Tampoco se atribuye la condición de cliente profesional al sujeto que posea acciones admitidas a cotización en el mercado secundario⁷⁰. Además, la **STS de 16 de septiembre de 2015**⁷¹, entre otras, extiende la tutela judicial de apreciación del error vicio incluso a casos en los que el cliente ha realizado operaciones previas de inversión:

“El hecho de tener un patrimonio considerable, o que la demandante hubiera hecho algunas inversiones no la convierte tampoco en cliente experta, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a la demandante una información adecuada para contratar el producto conociendo y asumiendo los riesgos de una inversión compleja y sin garantías” (FJ. 5º).

⁷⁰ Entre otras, la SAP de Ourense (Sección 1ª), núm. 152/2015, de 30 de abril (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR\2015\130747). Fecha de última consulta: 31 de marzo de 2020.

⁷¹ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 489/2015, de 16 de septiembre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2015\5013). Fecha de última consulta: 31 de marzo de 2020.

Como colofón de lo anterior, la ya citada **STS de 20 de noviembre de 2015**⁷², amplía la protección al cliente que hubiera contratado con anterioridad a la interposición de la demanda el mismo producto financiero complejo. En esta sentencia, una mujer había contratado varias permutas financieras o *swaps* con la entidad bancaria. El Alto Tribunal afirma que este hecho “no supone, por sí mismo, que sea un cliente experto, si no existe una mínima constancia de que en esas operaciones sí se le había informado adecuadamente sobre la naturaleza, características y riesgos del contrato de swap” (FJ. 3º).

Así, los últimos desarrollos jurisprudenciales han estimado que, para que un cliente pueda tener atribuida la calificación de inversor profesional, es necesario que sea considerado un experto, esto es, o un profesional del mercado de valores, o una persona con suficiente experiencia en este tipo de contratación. Así lo ha puesto de manifiesto, entre otras, la STS de 22 de noviembre de 2018⁷³, que negaba la condición de experto a un cliente licenciado en la carrera de económicas:

“[E]l hecho de que el cliente contará con una licenciatura de económicas, actividad que nunca ejerció, no supone el carácter experto del mismo en la contratación de estos productos financieros complejos, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de estos productos es la que corresponde a un profesional del mercado de valores o, al menos, a la de un cliente experimentado en este tipo de productos financieros complejos” (FJ. 3º).

Lo dispuesto hasta ahora ha sido referido al cliente persona física pero, ¿aplican nuestros Tribunales el mismo patrón “pro cliente” en los contratos de financiación en los que la parte que contrata es una persona jurídica? La **STS de 5 de octubre de 2016**⁷⁴, citada por RODRÍGUEZ-ROSADO⁷⁵, declara que “el hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente su carácter experto, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo (...)

⁷² STS 651/2015, *op. cit.*

⁷³ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 660/2018, de 22 de noviembre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi RJ\2018\5187). Fecha de última consulta: 31 de marzo de 2020.

⁷⁴ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 595/2016, de 5 de octubre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi RJ\2016\4913). Fecha de última consulta: 31 de marzo de 2020.

⁷⁵ RODRÍGUEZ-ROSADO, B., *op. cit.*, p.13.

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 producto” (FJ. 4º). Tampoco cabría presumir unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera con respecto de los administradores o representantes de una empresa⁷⁶. Finalmente, la reciente **STS de 9 de octubre de 2019**⁷⁷ extiende la protección al representante legal de la sociedad, afirmando el Alto Tribunal:

“La circunstancia de que el legal representante de la actora sea economista y su director financiero, no significa que cuente con los conocimientos precisos para evaluar y tomar constancia del funcionamiento y riesgos de productos financieros complejos como los litigiosos, una cosa es llevar la administración de una sociedad mercantil, con divergente objeto social, (...) y otra bien distinta que, por tal circunstancia, se le presuman dichos conocimientos especializados en productos financieros de riesgo como derivados” (FJ. 3º).

Como se ha puesto de manifiesto en las líneas anteriores, la jurisprudencia española se muestra claramente partidaria de la vía de protección al cliente, siendo pocos los casos en los que los Tribunales fallan a favor de la EC o ESI. Estos casos se limitan a supuestos evidentes en los que la entidad suministró la información impecablemente al cliente, o que queda demostrado en los hechos que este último poseía una vasta experiencia en la contratación de productos complejos o que era un auténtico experto en el mercado de valores.

4.2.2. Sentencias a favor de la EC o ESI.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, no siempre hay que presumir el ánimo de defraudar de la entidad contratante, ni la ignorancia o la buena fe del consumidor del producto financiero complejo. La multitud de pronunciamientos de nuestros Tribunales a favor del cliente han contribuido a que algunos inversores hayan aprovechado para intentar conseguir la nulidad de sus contratos de financiación, bajo la excusa de error vicio, cuando la rentabilidad de los productos contratados no era la deseada.

⁷⁶ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 676/2015, de 30 de noviembre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi RJ\2015\5466). Fecha de última consulta: 31 de marzo de 2020.

⁷⁷ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 527/2019, de 9 de octubre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi RJ\2019\3945). Fecha de última consulta: 31 de marzo de 2020.

Existen casos en los que el Tribunal ha rechazado la nulidad del contrato por error en el consentimiento por entender que en dicho contrato se incluía alguna cláusula lo suficientemente clarificadora de los riesgos y condiciones del producto. Un ejemplo es la **STS de 16 de mayo de 2018**⁷⁸, en la que el cliente interpuso demanda por error vicio una vez hubo constatado la pérdida de su inversión como consecuencia de la declaración de concurso de acreedores de la entidad emisora de los títulos financieros. El TS desestimó los recursos interpuestos por el cliente por considerar que el contrato de financiación incluía un documento denominado “Producto Rojo”, en el que se exponían y detallaban, “de modo sencillo y directo, los posibles riesgos que comporta la adquisición” (FJ. 3º) de los productos financieros complejos.

La **STS de 20 noviembre de 2018**⁷⁹ versa sobre un contrato regido por la normativa anterior a la MiFID, por lo que por aquella época no eran de aplicación los test de idoneidad y conveniencia. Esta sentencia es relevante en tanto en cuanto el Alto Tribunal reconoce que cabe la flexibilización del deber de información precontractual en aquellos casos en los que la entidad bancaria conoce previamente el perfil del cliente que interpone la demanda por error vicio del consentimiento. En este caso, los demandantes eran clientes habituales del banco desde hacía ya 30 años, “con los que se charlaba habitualmente, en sus visitas a la sucursal, de las diversas inversiones posibles, que rechazaban las rentabilidades de las imposiciones a plazo fijo y buscaban operaciones de alta rentabilidad, a los que se ofertaron diferentes posibilidades inversoras, entre las que los demandantes seleccionaron la que finalmente contrataron” (FJ. 9º).

También la **STS de 8 de septiembre de 2014**⁸⁰ se dicta antes de la entrada en vigor de la normativa europea MiFID, si bien existía, aun así, un deber por parte de la EC de suministrar información al cliente sobre los riesgos que podía asumir con la contratación del producto complejo. En este caso en concreto, en el marco de un contrato de participaciones

⁷⁸ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 278/2018, de 16 de mayo (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi RJ2018\1868). Fecha de última consulta: 1 de abril de 2020.

⁷⁹ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 651/2018, de 20 de noviembre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi RJ2018\5228). Fecha de última consulta: 1 de abril de 2020.

⁸⁰ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 458/2014, de 8 de septiembre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi RJ2014\4946). Fecha de última consulta: 1 de abril de 2020.

preferentes, el Alto Tribunal estimó que la cliente poseía un nivel de conocimientos equiparable al de un inversor profesional, y una amplia experiencia en contratación de productos complejos, pues llevaba familiarizada con productos de alto riesgo desde 1998. Además, fue relevante para el TS el hecho de que la demandante hubiera contado en todo momento con las recomendaciones de un asesor financiero propio. Por todo lo anterior, el Tribunal determinó que el error que alegaba la cliente no era excusable, por lo que no procedía declarar la nulidad del contrato por error vicio del consentimiento.

De la síntesis de las sentencias anteriores se puede afirmar que el hecho de que nuestros Tribunales otorguen una mayor protección a los clientes por su condición de “parte débil” del contrato (por la asimetría de información de la que se hablaba anteriormente) no puede implicar que éstos interpongan demandas contra las EC o ESI, alegando vicio del consentimiento, cada vez que obtienen liquidaciones negativas o cuando los resultados de su inversión no son los deseados. Como afirma AGÜERO ORTIZ⁸¹, el consumidor que alega ignorancia cuando en realidad pretende utilizar la vía del error para ver reembolsadas las cantidades que perdió como consecuencia de una mala inversión no hace sino perjudicar al consumidor diligente que verdaderamente sufrió las consecuencias de una insuficiente información precontractual.

Como conclusión de este apartado, no se puede sostener una solución categórica, pues ni el consumidor puede esgrimir siempre su falta de conocimiento o experiencia en materia de inversiones (cuando, con esos mismos conocimientos, en épocas de prosperidad económica se ha beneficiado de los productos financieros complejos), ni siempre existe desinformación y mala fe por parte de las EC o ESI.

⁸¹ AGÜERO ORTIZ, A., *op. cit.*, p. 502.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

La crisis económica y financiera de 2008 que sacudió nuestro país invirtió las tendencias alcistas de los tipos de interés de referencia de los contratos de financiación (como, por ejemplo, el EURIBOR), que pasaron a descender drásticamente. Los clientes que llevaban cobrando liquidaciones positivas vieron revertida la situación, pasando las EC o ESI a obtener rendimientos positivos. Este cambio de situación fue el detonante de que multitud de clientes acudieran masivamente a los Tribunales exigiendo la nulidad de sus contratos de financiación, bien por error en el consentimiento, bien por encontrar abusiva una cláusula de dichos contratos.

La tradicional tendencia de nuestra jurisprudencia de proteger, en sus pronunciamientos, al cliente agraviado, se consolidó con la STS 241/2013, de 9 de mayo, relativa a las cláusulas suelo. La doctrina que sentó esta importante sentencia permitió a los Tribunales accionar la vía del control de transparencia material para afirmar la abusividad de una cláusula sobre el objeto principal del contrato. Así, el cliente agraviado por la falta o insuficiencia de información precontractual ha podido beneficiarse de los efectos derivados de las acciones colectivas cuando denunciaba una cláusula negociada individualmente, efectos indudablemente más beneficiosos que los derivados de la vía del error en el consentimiento.

A mi juicio, esta extensión de la tutela “pro cliente” por los Tribunales ha provocado, por lo menos en los pronunciamientos más recientes, que la alegación del error vicio haya quedado desplazada a una petición subsidiaria en las demandas interpuestas por los clientes agraviados, quienes indudablemente prefieren la vía de la acción colectiva para salvaguardar sus intereses. Cabría plantear si el control concreto de las cláusulas negociadas individualmente no debiera ser reconducido a la vía tradicional civilista del error (o, incluso, del dolo), dejando la vía de las acciones colectivas al ámbito de consumidores y usuarios. Un incentivo para esta iniciativa podría ser un cambio de criterio jurisprudencial consistente en que la declaración de nulidad del contrato por vicios del consentimiento no llevara aparejada la nulidad total del mismo, pues esto es lo que realmente perjudica al cliente agraviado quien,

además de haber sido “engañado” como consecuencia de una deficiente información precontractual, se ve obligado a la restitución recíproca de las prestaciones.

En este aspecto, comparto la opinión de autores como PANTALEÓN, entre otros, que apuestan por poner a disposición del agraviado una vía alternativa a la de la nulidad del contrato: la adaptación del mismo, bien mediante la expulsión de la cláusula que originó el vicio del consentimiento, o bien a través de una rebaja del precio o descuento del exceso de onerosidad obtenido por la EC como consecuencia de la información incorrectamente proporcionada. Para poder seguir esta vía, convendría que nuestro legislador llevara a cabo una reforma de la legislación tradicional de los vicios del consentimiento para dejar claro que la anulación del contrato viciado (junto con la consiguiente restitución recíproca de las prestaciones) no es la única consecuencia jurídica posible.

Mirando hacia el futuro, las nuevas exigencias europeas de información precontractual impuestas por la normativa MiFID obligan a las EC o ESI a clasificar a sus clientes en profesionales o minoristas, en función de su nivel de conocimientos y/o experiencia en la contratación de productos complejos. Esta imposición de clasificación del cliente ha facilitado que los últimos pronunciamientos de nuestros Tribunales sean casi automáticos, de manera que el juez estima o no las pretensiones en función de que concurra la aplicación de los test de idoneidad y conveniencia por parte de la entidad contratante.

Este trabajo refleja, a mi juicio, cómo el Derecho se amolda a realidades sociales cambiantes, y cómo la jurisprudencia se adelanta, en ocasiones, al legislador, ofreciendo soluciones puntuales a los ciudadanos en función de las concretas circunstancias en cada caso concurrentes.

CAPÍTULO V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

LEGISLACIÓN

- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE 21 de abril de 1993).
- Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo (*Markets in Financial Instruments Directive*) (DOUE 30 de abril de 2004).
- Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (*Markets in Financial Instruments Directive II*) (DOUE 12 de junio de 2014).
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero de 2000).
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE 14 de abril de 1998).
- Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios (Gaceta de Madrid 24 de julio de 1908).
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid 25 de julio de 1889).
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (BOE 16 de octubre de 1885).
- Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (BOE 24 de octubre de 2015).
- Reglamento delegado (UE) 2017/565 de la Comisión de 25 de abril de 2016 por el que se completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de servicios de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva (DOUE 31 de marzo de 2017).
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE 30 de noviembre de 2007).
- 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 y por

el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre (BOE 16 de febrero de 2008).

- Reglamento 600/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativo a los mercados de instrumentos financieros y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012 (*Markets in Financial Instruments Regulation*) (DOUE 12 de junio de 2014).

JURISPRUDENCIA

A. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

- TJUE (Sala Primera), Sentencia de 14 de abril de 2016, Asuntos C-381/14 y C-385/14 (Caso Jorge Sales Sinués y Otro contra Caixabank, S.A y Otro). Texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: TJCE\2016\138. Fecha de última consulta: 26 de marzo de 2020.
- TJUE (Sala Primera), Sentencia de 3 de junio de 2010, Asunto C-484/08 (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: TJCE\2010\162). Fecha de última consulta: 31 de marzo de 2020.

B. Tribunal Supremo.

- TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 626/2013, de 29 de octubre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2013\8053). Fecha de última consulta: 8 de febrero de 2020.
- TS (Sala de lo Civil, Sección Pleno), Sentencia núm. 840/2013, de 20 de enero (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2014\781). Fecha de última consulta: 8 de febrero de 2020.
- TS (Sala de lo Civil, Sección Pleno), Sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2013\3088). Fecha de última consulta: 8 de marzo de 2020.
- TS (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 367/2017, de 8 de junio (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2017\2509). Fecha de última consulta: 10 de marzo de 2020.
- TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 683/2012, de 21 de noviembre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2012\11052). Fecha de última consulta: 10 de febrero de 2020.
- TS (Sala de lo Civil, Sección Pleno), Sentencia núm. 89/2018, de 19 de febrero (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2018\539). Fecha de última consulta: 15 de febrero de 2020.

- TS (Sala de lo Civil, Sección Pleno), Sentencia núm. 491/2015, de 15 de septiembre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ 2015\3993). Fecha de última consulta: 11 de marzo de 2020.
- STS de 4 de enero de 1982, citada por MORALES MORENO, A.M., *op. cit.*, pp. 463-464.
- TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 653/2018, de 20 de noviembre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2018\5097). Fecha de última consulta: 26 de febrero de 2020.
- TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 542/2019, de 16 de octubre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2019\4168). Fecha de última consulta: 25 de febrero de 2020.
- TS (Sala de lo Civil, Sección Pleno), Sentencia núm. 24/2016, de 3 de febrero (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2016\1). Fecha de última consulta: 25 de febrero de 2020.
- TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 104/2017, de 17 de febrero (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2017\590). Fecha de última consulta: 14 de marzo de 2020.
- TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 651/2015, de 20 de noviembre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\ 2015\5629). Fecha de última consulta: 19 de marzo de 2020.
- TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2012\8857). Fecha de última consulta: 25 de marzo de 2020.
- TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 314/2018, de 28 de mayo (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2018\2281). Fecha de última consulta: 31 de marzo de 2020.
- TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 415/2018, de 3 de julio (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2018\2789). Fecha de última consulta: 31 de marzo de 2020.
- TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 8/2019, de 11 de enero (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2019\12). Fecha de última consulta: 31 de marzo de 2020.
- TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 489/2015, de 16 de septiembre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2015\5013). Fecha de última consulta: 31 de marzo de 2020.

- TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 660/2018, de 22 de noviembre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi RJ\2018\5187). Fecha de última consulta: 31 de marzo de 2020.
- TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 595/2016, de 5 de octubre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi RJ\2016\4913). Fecha de última consulta: 31 de marzo de 2020.
- TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 676/2015, de 30 de noviembre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi RJ\2015\5466). Fecha de última consulta: 31 de marzo de 2020.
- TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 466/2018, de 19 de julio (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\2018\202855). Fecha de última consulta: 15 de marzo de 2020.
- TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 527/2019, de 9 de octubre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi RJ\2019\3945). Fecha de última consulta: 31 de marzo de 2020.
- TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 278/2018, de 16 de mayo (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi RJ\2018\1868). Fecha de última consulta: 1 de abril de 2020.
- TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 651/2018, de 20 de noviembre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi RJ\2018\5228). Fecha de última consulta: 1 de abril de 2020.
- TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 458/2014, de 8 de septiembre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi RJ\2014\4946). Fecha de última consulta: 1 de abril de 2020.

C. Audiencias Provinciales.

- AP de A Coruña (Sección 3ª), Sentencia núm. 37/2015, de 6 de febrero (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: AC\2015\165). Fecha de última consulta: 26 de febrero de 2020.
- AP de Burgos (Sección 3ª), Sentencia núm. 267/2011, de 12 de septiembre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR 2011\344998). Fecha de última consulta: 10 de marzo de 2020.
- AP de Castellón (Sección 3ª), Auto núm. 211/2017, de 7 de diciembre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR\2017\295450). Fecha de última consulta: 25 de marzo de 2020.

- AP de Granada (Sección 3ª), Sentencia núm. 128/2014, de 23 de mayo (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: AC\2014\1686). Fecha de última consulta: 25 de marzo de 2020.
- AP de Madrid (Sección 14ª), Sentencia núm. 197/2014, de 2 de junio (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: AC\2014\1786). Fecha de última consulta: 25 de febrero de 2020.
- AP de Madrid (Sección 11ª), Sentencia núm. 61/2013, de 28 de enero (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR\2013\87178). Fecha de última consulta: 25 de febrero de 2020.
- AP de Madrid (Sección 9ª), Sentencia núm. 531/2015, de 10 de diciembre (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR\2016\24886). Fecha de última consulta: 30 de marzo de 2020.
- AP de Ourense (Sección 1ª), Sentencia núm. 152/2015, de 30 de abril (texto obtenido de la base de datos Thomson Reuters Aranzadi: JUR\2015\130747). Fecha de última consulta: 31 de marzo de 2020.

OBRAS DOCTRINALES

A. Libros.

- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., “Los elementos esenciales del contrato”, *Sistema de Derecho Civil, Volumen II: El contrato en general. La relación obligatoria*, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 30-45.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., “Vicios de los elementos esenciales del contrato”, *Sistema de Derecho Civil, Volumen II: El contrato en general. La relación obligatoria*, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 46-57.
- MORALES MORENO, A.M., “De los requisitos esenciales para la validez de los contratos”, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia (BOE), Madrid, 1991, pp. 440-464.
- PINO ABAD, M., “El deber de información de las entidades financieras tras la entrada en vigor de MiFID II: especial referencia a la contratación de ‘SWAP’”, *Problemas actuales y recurrentes en los mercados financieros: Financiación alternativa, gestión de la información y protección del cliente*, Thomson Reuters Aranzadi, 1º ed., enero 2018, pp. 445-477.

B. Revistas.

- CORDÓN MORENO, F., “Acción colectiva y acción individual para la defensa de los derechos de los consumidores”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 31, enero/diciembre, 2017, pp. 217-242. Recuperado de:

<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=7&IDN=1386&IDA=38243>

- JUAN GÓMEZ, M.C., “Nulidad parcial por vicios del consentimiento: una leyenda urbana”, *Revista de Actualidad Civil*, núm. 4, abril, 2017, pp. 60-67.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B., “Cinco años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre contratos swap”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* (parte Doctrina), núm.4/2018, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2018, pp. 25-56.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Incumplimiento de la normativa comunitaria MiFID en cuanto a los deberes de información y evaluación del cliente: consecuencias en el ámbito contractual según la jurisprudencia española”, *Cuadernos de Derecho Transaccional*, marzo 2016, vol. 8, núm. 1, pp. 271 - 299.

C. Tesis.

- HERNÁNDEZ PAULSEN, G., “Antecedentes y nociones básicas respecto de la obligación precontractual de informar”, *La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente* (tesis de doctorado), Universidad Autónoma de Barcelona, 2013, pp. 25-32.

RECURSOS DE INTERNET

- CÁMARA LAPUENTE, S., “Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios”, *Almacén de derecho*, 27 de junio de 2016. Disponible en: <https://almacenderecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios/>
- Conclusiones del Abogado General MACIEJ SZPUNAR para los Asuntos C-381/14 y C-385/14 (texto obtenido de la base de datos Curia Europa. Fecha de última consulta: 25 de marzo de 2020. Recuperado de: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=173528&doclang=ES>
- PANTALEÓN, F., “Sobre la transparencia material de cláusulas predispuestas de lege data y de lege ferenda”, *Almacén de derecho*, 16 de febrero de 2020. Disponible en: <https://almacenderecho.org/sobre-la-transparencia-material-de-clausulas-predispuestas-de-lege-lata-y-de-lege-ferenda/>
- PANTALEÓN, F., “10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato”, *Almacén de derecho*, 12 de marzo de 2017. Disponible en: <https://almacenderecho.org/10-tesis-la-falta-transparencia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato/>
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato”, *Almacén de derecho*, 21 de marzo de 2017. Disponible en: <https://almacenderecho.org/clausulas-predispuestas-describen-objeto-principal-del-contrato/>