



FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS
CONTRATOS FINANCIEROS**
ASIMETRÍA DE LA INFORMACIÓN Y VICIO DEL
CONSENTIMIENTO POR ERROR

Autor: Rafael García-Villanova Sanguinetti

5º E3-B

Área de Derecho Civil

Tutor: José María Ruiz de Huidobro De Carlos

Madrid

Abril 2020

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	2
1. INTRODUCCIÓN.....	3
1.1 CUESTIÓN OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN	3
1.2 OBJETIVOS PERSEGUIDOS.....	3
1.3 METODOLOGÍA	3
2. MARCO HISTÓRICO Y LEGAL.....	4
2.1 LA CRISIS FINANCIERA DE 2007	4
2.2 EL ARTÍCULO DECIMONOVENO DE LA LEY 36/2003.....	5
3. LA ASIMETRÍA DE INFORMACIÓN EN LOS CONTRATOS FINANCIEROS	8
3.1 CONCEPTO DE CONTRATACIÓN FINANCIERA	8
3.2 ASIMETRÍA DE LA INFORMACIÓN	9
3.3 REGULACIÓN DE LA INFORMACIÓN EN LOS CONTRATOS FINANCIEROS	11
3.4 LA NO APLICABILIDAD DE LOS ACTOS PROPIOS	14
4. VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR.....	17
4.1 VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR EN EL CÓDIGO CIVIL	17
4.2 EFECTOS DEL ERROR EN LOS CONTRATOS	18
5. LA JURISPRUDENCIA EN TORNO AL VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR EN LOS CONTRATOS FINANCIEROS	20
5.1 JURISPRUDENCIA SOBRE EL DEBER DE INFORMACIÓN.....	20
5.2 JURISPRUDENCIA SOBRE EL VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR.....	22
5.2.1 SUSTANCIA Y ESENCIALIDAD DEL RIESGO DE LA INVERSIÓN	24
5.2.2 EXCUSABILIDAD	25
5.2.3 EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO	29
6. VALORACIÓN PERSONAL Y PROPUESTA DE LEGE FERENDA	34
7. CONCLUSIÓN	37
8. BIBLIOGRAFÍA.....	39
8.1 LEGISLACIÓN.....	39
8.2 JURISPRUDENCIA.....	39
8.3 OBRAS DOCTRINALES	41
8.4 RECURSOS DE INTERNET	42

LISTADO DE ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
LMV	Ley del Mercado de Valores
MiFID	Markets in Financial Instruments Directive
PECL	Principles of European Contract Law
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
LDGCU	Ley para la Defensa General de Consumidores y Usuarios

1. INTRODUCCIÓN

1.1 CUESTIÓN OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

El alto volumen de contratación de productos financieros por parte de clientes minoristas durante el primer decenio de siglo ha dado lugar a una alta actividad litigiosa y por ello, son muchos los conceptos en materia civil, contractual eminentemente, que han sido objeto de revisión y reformulación. El examen de este alto nivel de producción jurisprudencial de los últimos años será el tema de investigación del presente Trabajo.

1.2 OBJETIVOS PERSEGUIDOS

El objetivo es tanto recopilar como analizar todas las sentencias relacionadas con esta avalancha jurisprudencial con el fin de extraer las líneas de interpretación que el Tribunal Supremo ha seguido durante los últimos años. Dada la amplitud de aspectos que merecen investigación en este tema, este trabajo se centra en el análisis de la asimetría de la información en la contratación financiera y el vicio del consentimiento por error.

1.3 METODOLOGÍA

El método de investigación y elaboración es el análisis del derecho positivo, doctrinal y jurisprudencial desde el año 2005 hasta el año 2019. La contratación financiera objeto de estos pleitos tuvo lugar entre 2004 y 2010, por lo que el plazo en el que las cuestiones llegaron al Tribunal Supremo comienza en el 2012. En consecuencia, la mayoría de las sentencias a analizar corresponderán al período 2012-2019.

La fuente de la que se obtendrán las sentencias será mayoritariamente el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial, aunque también se acudirá adicionalmente a otras bases de datos jurídicas como Thomson Reuters y Lefebvre. Toda sentencia irá citada a partir del número de resolución del año correspondiente y su fecha de publicación.

2. MARCO HISTÓRICO Y LEGAL

2.1 LA CRISIS FINANCIERA DE 2007

Todo hecho o conjunto de hechos deben de ser estudiados e interpretados conforme a la realidad social del momento, y con social nos referimos a los fenómenos económicos, culturales, éticos, jurídicos y cualesquiera otros que determinen los actos y conductas de las personas en un momento determinado. Es por ello que se procede a realizar una breve reflexión sobre los años precedentes al fenómeno jurídico litigioso del que hoy escribimos.

El comienzo siglo XXI vino acompañado de crecimiento económico global, moderadas tasas de inflación y un desempleo que alcanzaba cifras mínimas respecto a las décadas anteriores. Todos estos elementos, unidos a la desregulación general del sector financiero (si lo comparamos a día de hoy), animaron a la población a realizar operaciones financieras tanto de financiación como de inversión. El Informe sobre la crisis financiera y bancaria en España del Banco de España, 2008-2014¹, expresa lo anterior del siguiente modo:

En paralelo al avance de la globalización económica, cabe señalar también que se produjo un intenso proceso de integración financiera. El fuerte aumento de los flujos financieros entre regiones y países vino, a su vez, acompañado de un elevado grado de innovación financiera, que se caracterizó por una rápida expansión del uso de nuevos instrumentos, como ciertos productos estructurados y derivados crediticios. Progresivamente, algunos de estos productos fueron haciéndose más complejos y, supuestamente, más eficaces a la hora de evitar una concentración excesiva de riesgos. La velocidad con la que evolucionaron algunos de estos activos financieros superó, en ocasiones, el ritmo de adaptación del marco regulatorio. Al mismo tiempo, se hizo cada vez más difícil identificar a los agentes que asumían en última instancia los riesgos de los productos e instrumentos financieros, lo que dificultó su seguimiento.

El público, en general, tenía exceso de liquidez por la bonanza económica del momento, y se sentía optimista respecto a los mercados financieros. Por su parte, las entidades financieras, contagiadas también por este excesivo optimismo, actuaron descontroladamente sin hacer un diligente examen previo de la ponderación

¹ Banco de España, Informe sobre la crisis financiera y bancaria, 2008-2014, 2017, p. 29, (disponible en https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/OtrasPublicaciones/Fich/InformeCrisis_Completo_web.pdf; última consulta: 19/03/2020).

rentabilidad-riesgo de sus operaciones, inundó el mercado de crédito a la vez que tomaron posiciones activas en los mercados, principalmente el inmobiliario.

La confianza y la liquidez mencionadas se materializaron en un alto nivel de contratación financiera por parte de los inversores particulares, siendo éstos parte de contratos financieros complejos, con los que se pretendía mayoritariamente cubrir los riesgos de tipo de interés, tomando únicamente como garantía la confianza y recomendación de los empleados de los bancos y demás instituciones financieras.

Fue en 2007 cuando se conocieron los primeros datos de impagos de las hipotecas *subprime*, y en 2008, con la quiebra del banco norteamericano Lehman Brothers, cuando estalló la crisis llevando el sistema financiero al borde del colapso. La cotización de las acciones, valores representativos de deuda y activos financieros subyacentes de contratos financieros análogos se hundieron en cuestión de días.

La mayoría de los contratos antes citados se caracterizaban por tener un método de liquidación de la cuantía sujeto a índices variables y no fijos. Por tanto, la cantidad final a abonar o pagar por el consumidor estaba sujeta a la evolución de estos índices, dependientes a su vez del desarrollo de la economía en general.

Cuando el ciclo económico expansivo cesó y los contratos comenzaron a liquidarse de forma negativa para los consumidores, las reclamaciones comenzaron a llegar a las entidades bancarias, alegando entre otras razones, que el funcionamiento del contrato no correspondía con lo que se pretendía o que no habían sido informados de los riesgos. De hecho, a 10 de noviembre de 2011, los bancos sumaban cuatrocientas sentencias en su contra por la comercialización de *swaps*².

2.2 EL ARTÍCULO DECIMONOVENO DE LA LEY 36/2003

El fervor económico de los años expansivos incitó a la sociedad al consumo y a la inversión, que en el caso de España recayó preferentemente en el mercado inmobiliario. La adquisición de los inmuebles se hacía con financiación ajena, como suele ocurrir, garantizada a través de hipotecas.

La tendencia del crédito hipotecario de la época era referenciar los intereses a pagar al EURIBOR u otros índices más cierto porcentaje extra. Dos consecuencias fundamentales pueden ser extraídas de esto:

² “Los bancos españoles suman 400 sentencias en su contra por la comercialización de swaps”, *Asufin*, 10 de noviembre de 2011 (disponible en <https://www.asufin.com/2011/11/los-bancos-espanoles-suman-400-sentencias-en-su-contra-por-la-comercializacion-de-swaps/>; última visita: 19/03/2020)

- a) los deudores sufrían la incertidumbre de la evolución de éstos índices, por lo que se veían inmersos en una ceguera constante sobre su futuro financiero, lo que negaba la posibilidad de cualquier planificación financiera.
- b) Esa evolución de los índices podía crecer de manera repentina y llevarles a la ruina económica.³

Ante esto, la Ley 36/2003⁴, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, argüía en su Exposición de Motivos que *“Otro de los ámbitos que requieren de urgente actuación lo constituye el mercado hipotecario, que gracias a su intenso desarrollo ha facilitado el acceso de muchas familias a una vivienda en propiedad. No obstante, resulta conveniente adoptar medidas para promover la competencia y atemperar la exposición de los prestatarios a los riesgos de tipos de interés, propios del mercado financiero”*

Esta misma ley, en su artículo 19.1 establecía *“las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles.*

Por su lado, se estableció la obligación a las entidades financieras de, al menos, ofrecerlo. *“Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés. Artículo 19.2.*

Los bancos e instituciones financieras, conforme a tal mandato, ofrecieron estos servicios para que los consumidores pudieran mitigar los anteriores riesgos. En principio, esta medida era lógica e interesante pues permitía a particulares acceder a instrumentos financieros complejos –que no arriesgados- y que habitualmente solo eran ofrecidos a grandes empresas o inversores institucionales.

La puesta en práctica de tal oferta conllevó la comercialización masiva de instrumentos derivados complejos a todo tipo de clientes, en especial los deudores

³ Aunque por aquellos años los tipos de interés no eran elevados (el Euribor se encontraba en torno al 2%), en la década anterior se había llegado hasta el 12%, lo que significa un coste seis veces superior.

⁴ Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica (BOE de 12 de noviembre de 2003).

hipotecarios. Particularmente, el servicio más común que ofrecían los bancos era la contratación de *swaps*⁵ de tipo de como señala MULA GARRIDO⁶.

⁵ Un swap es un derivado financiero cuya operatividad resulta en un intercambio de tipo de interés fijo por variable, o viceversa. No es una permuta financiera como tal, aunque haya sido así erróneamente traducido. Su contratación suele responder a la cobertura del inversor ante cambios en el tipo de interés.

⁶ MULA GARRIDO, I., El contrato de swap de tipo de interés, Madrid, 2017, p.36

3. LA ASIMETRÍA DE INFORMACIÓN EN LOS CONTRATOS FINANCIEROS

3.1 CONCEPTO DE CONTRATACIÓN FINANCIERA

Antes de proceder a analizar la asimetría de información que suele estar presente en la contratación financiera, conviene definir y caracterizar a los contratos financieros. Contextualizando la contratación en el ámbito financiero conviene recordar que:

- El sector financiero es un sector severamente regulado y organizado en mercados financieros.
- Como en todo mercado, las transacciones son las alineaciones de intereses entre oferta (inversión) y demanda (financiación).
- La causa subyacente final en la relación financiera es siempre la obtención de capital.

Una operación financiera es aquella en la que las partes acuerdan el intercambio de capitales en momentos temporales distintos. Es por ello que el contrato financiero se erige como el acuerdo de voluntades entre contrapartes mediante el cual se realiza una operación financiera. Sin embargo, en la práctica se suele denominar operación financiera a intercambios más alejados de la anterior definición, como puede ser la compraventa de acciones.

Como señala ZUNZUNEGUI⁷, no existe una definición de productos y servicios financieros. La mención positiva más ajustada se encuentra en el art. 4.2 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores “se entenderán por servicios financieros los servicios bancarios, de crédito o de pago, los servicios de inversión, las operaciones de seguros privados, los planes de pensiones y la actividad de mediación de seguros”.

Por otra parte, la Propuesta de reforma del Código Mercantil del año 2013⁸ ha considerado oportuno recoger en el mismo Título todos los contratos que tienen por objeto el dinero no como medio de pago o cumplimiento de la obligación sino como “objeto directo” del contrato (18. VI-119). Esto es importante por lo mencionado en el

⁷ ZUNZUNEGUI, F. Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos, Revista de Derecho del Mercado Financiero, Madrid, 2013, p.3.

⁸ Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013.

párrafo anterior pues únicamente se considera financiero el contrato en el que el objeto principal sea el dinero, por lo que, por ejemplo, estaría excluido de este concepto operaciones como el arrendamiento financiero o *leasing*. Así, la definición propuesta quedaría recogida en el artículo 571.1: “Son contratos financieros aquéllos por los que, teniendo por objeto una cantidad o suma de dinero de curso legal, una o ambas partes conceden o facilitan a la otra directa o indirectamente financiación monetaria en la forma, plazo o términos que estipulen, a cambio de un precio”.

Sin duda, muchos de los contratos financieros de inversión, en especial los especulativos, son contratos aleatorios. El artículo 1790 CC define estos contratos aleatorios como aquellos en los que “una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado”. Un ejemplo de contrato aleatorio es una apuesta o un contrato de seguro de vida. Sin embargo, que pueda tipificarse el contrato como aleatorio carece de relevancia en la práctica ya que el Código se limita a enunciarlo, sin establecer ninguna regulación especial.

3.2 ASIMETRÍA DE LA INFORMACIÓN

La asimetría de la información no es un hecho propio del mercado financiero, sino de cualquier mercado en realidad. Sin embargo, se acentúa esta asimetría en el campo de las finanzas debido a la terminología profesional empleada; la no traducción de ciertos conceptos y al trasfondo técnico y complejo sobre el que está construido, principalmente matemático-estadístico.

Como se señaló en la introducción, en los años anteriores a la crisis financiera de 2008, tuvo lugar un fenómeno de modernización y sofisticación de los productos financieros, especialmente los especulativos. Los contratos tradicionales de inversión como adquisición de bonos, acciones o participaciones de fondos fueron sustituidos por productos más complejos y diversificados. En definitiva, haciendo más acusada la asimetría entre las partes.

Cuando las partes proceden a la formación del contrato, comúnmente la oferente conoce en mayor medida el producto o el servicio del que se trate. Por contraposición, la aceptante carece de información, de manera total o parcial, del objeto del contrato. Es decir, existe una desigualdad o descompensación informativa entre ellas, lo que no quiere decir que los contratos nazcan de por sí de una manera injusta. En este período de

formación del contrato, las relaciones deben estar basadas en la buena fe (art. 7 CC), como ha establecido el Tribunal Supremo en las STS 154/1994, de 26 de febrero de 1994 y 1091/1999, de 16 de diciembre de 1999, entre otras.

La asimetría de información da lugar a derechos y obligaciones: la parte oferente debe de informar "*sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste*" STS 829/2017, de 17 de julio de 2007.

Paralelamente el aceptante "*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 si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión.*" STS 406/2018 de 24 de octubre de 2018.

En el caso de los contratos financieros es inusual que el particular tenga tal grado de conocimiento de los productos y mercados financieros que se le pueda considerar experto. Como reconoce la STS 840/2013, de 20 de enero de 2014, "*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*".

Pero no es ese grado el que se necesita para predicar la validez del contrato, basta que quede enterado del funcionamiento del objeto financiero (permuta, crédito preferente, futuro, opción, etc.), cuándo y conforme a qué hechos se liquidan las posiciones, y del riesgo inherente del producto entre otros, esto es, "*una información suficiente y clara, suministrada con la antelación adecuada, sobre las características del servicio o del producto, la identidad del emisor, sobre la existencia o inexistencia de garantías y, en su caso, la identidad y características del garante, y sobre el alcance preciso de los diversos riesgos asociados al producto o servicio contratado, que permita al cliente formar correctamente las presuposiciones del contrato*". STS 460/2014, de 10 de diciembre de 2014.

Cuanto menor sea la asimetría de la información, más transparente es la operación y menos posibilidades habrá de abuso por parte de la entidad comercializadora, siendo ese el objetivo principal con el que el legislador ha regulado la contratación bancaria y financiera.

3.3 REGULACIÓN DE LA INFORMACIÓN EN LOS CONTRATOS FINANCIEROS

Hasta la entrada en vigor de la normativa MiFID en febrero de 2008, el texto positivo que establecía las obligaciones en materia de información en operaciones financieras era el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo⁹. Este reglamento, en su artículo 5.3 del Anexo, establecía “*la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata*”.

Como menciona la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, en él latía el principio general de buena fe. Y así ocurre también en otros ordenamientos de nuestro entorno económico y cultural, como son los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL- cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica “*Good faith and Fair dealing*” (“Buena fe contractual”), dispone como deber general: “*Each party must act in accordance with good faith and fair dealing*”.

El proceso de homogeneización normativa impulsado por la FSAP durante los años noventa, en búsqueda de la integración de los distintos mercados financieros de la Unión, dio origen a las directivas MiFID (*Markets in Financial Instruments Directive*). La Ley 47/2007¹⁰, de 19 de diciembre, se ocupó de la transposición de la directiva MiFID I (Directiva 2006/73/CE y 2006/49/CE), que supuso la actualización de la Ley del Mercado de Valores incorporando en su artículo 79 bis las obligaciones de proporcionar una información bajo los principios de imparcialidad, claridad y no engañosa. Como complemento a esta ley se promulgó el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero¹¹, regulador en detalle de los deberes de información que le incumben a las entidades financieras, en concreto, sobre los riesgos conexos de las operaciones.

Una de las novedades que trajo consigo la normativa MiFID fue el establecimiento de un procedimiento común en la comercialización de productos

⁹ Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios (BOE núm. 121 de 21 de mayo de 1993).

¹⁰ Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE núm. 304 de 20 de diciembre de 2007).

¹¹ 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 núm. 41 de 16 de febrero de 2008)

financieros. En busca de una mayor protección del inversor, se estandarizaron los documentos a completar y estudiar por parte de la entidad financiera. El proceso actual comienza con la clasificación del cliente, y según ella se le dotará de mayores o menores garantías. El cliente podrá ser profesional, contraparte elegible, y en defecto de las anteriores, minoristas. Es decir, son todos aquellos que no cumplen con los requisitos para ser considerado ni profesional ni contraparte elegible. Asimismo, se deben realizar los test de idoneidad y conveniencia. El primero ha de realizarse si es un servicio de asesoramiento lo que se lleve a cabo; este tiene en cuenta aspectos puramente personales como son la formación, experiencia, volumen de inversiones anteriores, familiarización con las operaciones financieras... En cambio, el test de conveniencia debe formularse cuando no se esté llevando a cabo una recomendación de inversión. Señala VALPUESTA GASTAMINZA que la normativa MiFID en realidad no impone la obligación de informar sino de “conocer al cliente”¹².

Aunque la normativa MiFID I pasase a regular en detalle la clasificación que se le debe dar al cliente; los documentos que le deben ser entregados y la información que se le debe aportar, tanto a nivel cualitativo como cuantitativo, esta brecha legislativa no supone que las obligaciones de información anteriores a la Directiva fueran más laxas. Lo que significó la transposición es la positivización de parámetros conforme a los cuales se pudiese determinar con mayor facilidad y rigor en qué casos corresponde la desinformación negligente por parte del inversor-cliente, lográndose aportar seguridad jurídica a las operaciones; una mayor protección a los consumidores y simplificar la tarea valorativa de los jueces. Es por ello erróneo pensar que la normativa MiFID sea novedosa en cuanto al deber activo de información por parte de las entidades inversoras, y de hecho así lo ha confirmado y repetido el Tribunal Supremo. Este deber era –y esencial, principal, y no accesorio, pues incide de pleno en un elemento causal de la formación de los contratos financieros. La STS 653/2018, de 20 de noviembre de 2018, así lo declara:

“antes de la incorporación a nuestro derecho interno de la normativa MiFID, la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar

¹² 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 Transnacional, marzo 2016, Vol. 8, Nº 1, pp. 271-299.

debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el producto que contrataba y los concretos riesgos asociados a este, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.”

No obstante, LÓPEZ ALONSO y GUILLÉN MONGE¹³ señalan que la normativa pre-MIFID era del todo más genérica e imprecisa dada la redacción amplia del deber genérico de información y la necesidad de trato homogéneo a los inversores. La doctrina, en general, ha considerado la regulación MiFID como satisfactoria. Lo que sí resulta criticable la excesiva burocratización de todo el procedimiento, convirtiéndolo en abrumador en ocasiones y conduciendo al cliente a firmar sin leer, como señala VALPUESTA GASTAMINZA.

El desarrollo normativo de la legislación bancaria y financiera se ha realizado gradualmente, optándose por la legislación *ex novo* como preferente y no acudiéndose a la modificación y refundición de los textos, lo que ha desembocado en una regulación difusa. A las disposiciones legales ya mencionadas, hay que añadir aquellas de carácter reglamentario y específico como son, entre otros:

- Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago.
- Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios.
- Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios.
- Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios
- Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros.

¹³ LÓPEZ ALONSO, L. y GUILLÉN MONGE, P. Actualidad Civil, N° 4, Sección Derecho de los contratos, ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 3

La LGDCU¹⁴ reserva el ámbito objetivo de aplicación a las relaciones entre consumidores y usuarios y empresarios. Por su parte, el ámbito subjetivo reserva su concepto a personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Por tanto, a primera vista se puede considerar al cliente minorista como un consumidor o usuario financiero, y por ello amparado por esta norma, aunque la Unión Europea separa la protección de los consumidores y usuarios del sector financiero, reservándole una regulación específica. Pero, si acudimos a la Ley del Mercado de Valores, texto dónde se encuentran los principios generales de la transparencia bancaria, en ningún momento se emplea el término “consumidor” o “usuario”, sino que se hace referencia a la palabra “cliente”. ¿Por qué el legislador ha optado por ambas opciones?

Aunque la normativa de consumidores no haga ninguna mención al consumidor y usuario financiero, y a pesar de la dispersión de las normas de protección en la contratación financiera, son de completa aplicabilidad las normas de defensa de consumidores y usuarios, y así lo viene declarando el Tribunal Supremo desde 2011. Aun así, en muchas de las sentencias comentadas más adelante se ha intentado evitar por parte de la parte demandada que estas normas operasen en las resoluciones. FERNÁNDEZ BENAVIDES¹⁵, tras haber analizado en profundidad la jurisprudencia relativa a las participaciones preferentes, encuentra que *“la mayor parte de las sentencias que mencionan las normas de consumo, lo hacen en la fundamentación jurídica en torno a la aplicación del régimen de vicios del consentimiento o de las responsabilidad contractual y resolución por incumplimiento. En este sentido, se limitan a recordar –bien a modo de apoyo argumentativo, bien a modo de mero obiter dictum- que la Ley concede una mayor protección a la parte que es tenida como débil en el contrato, y que entre los derechos de los consumidores y usuarios se encuentra la información correcta sobre los diferentes bienes y servicios”*.

3.4 LA NO APLICABILIDAD DE LOS ACTOS PROPIOS

Un elemento común en las demandas examinadas ha sido la alegación por parte de las entidades financieras demandadas de la doctrina de los actos propios. Esta

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 núm. 287, de 30 de noviembre de 2007).

¹⁵ FERNÁNDEZ BENAVIDES, M. Participaciones preferentes: aproximación al problema y primeras respuestas de la jurisprudencia civil, Revista Cesco de Derecho de Consumo, núm. 4/2012, 2012, p. 46.

doctrina determina uno de los límites en el ejercicio de los derechos subjetivos, encontrando su fundamento en la buena fe. No tiene un origen legal-positivo explícito, sino que ha sido obra de doctrina y jurisprudencia su construcción.

La STC 73/1988, de 21 de abril¹⁶, recuerda la prohibición de ir contra los actos propios ”significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos”.

Como bien se menciona, la doctrina de los actos propios (*venire contra factum proprium*) y su prohibición es consecuencia del principio general de buena fe, principio neurálgico del derecho contractual y negocial, y que GARCÍA GOYENA denominó “alma de los contratos”. Haciendo concreción de tal principio nacen derechos y obligaciones para las partes –plano material-; mas haciendo abstracción, la buena fe se convierte en el paradigma o arquetipo de comportamiento al que todo sujeto y relación negocial debe aspirar, de ahí que se le considere como canon de honradez, rectitud y lealtad –plano espiritual-.

El *factum proprium* actúa como el hecho jurídicamente relevante o el conjunto de éstos que confirma la existencia y aceptación del negocio y por ello legitima la confianza o creencia de que, en el futuro, no habrá sorpresas o cambios repentinos en la esfera comportamental y jurídica por parte suya, y es por tanto en esa confianza legítima¹⁷ donde reside la *ratio protectionis* de tal principio. La STS 227/2015, de 9 de abril de 2015, establece a *sensu contrario* que no es de aplicación cuando “los precedentes fácticos que se invocan tienen carácter ambiguo o inconcreto o carecen de trascendencia para producir el cambio jurídico y, aún menos, cuando el cambio de actitud obedece a una reacción ante nuevos hechos o actos”.

Analizando los hechos, encontramos dos acciones relevantes: una explícita, la apropiación válida del capital resultante de la liquidación, y otra implícita, la no formulación de oposición. Estos actos brindan una tácita aceptación de lo pactado y por

¹⁶ STC 73/1998, de 21 de abril (BOE núm. 108 de 5 de mayo de 1998).

¹⁷ De no otorgar el ordenamiento un derecho a una confianza negocial legítima, acotada y justificada, se obstaculizaría y no al contrario el tráfico jurídico y mercantil.

ende protección para la contraparte, pero recordemos que estos actos se encuentran viciados por un consentimiento inválido, careciendo éstos por tanto de relevancia. El derecho a la confianza legítima debe ceder ante este acto ausente de consentimiento pues ni siquiera debe considerarse propiamente un *factum*, al no ser vinculante. O sea, sobre el contratante por error no pesa el principio *pacta sunt servanda* de una manera total, lo que no justifica que se le exima a la contraparte de su rigurosa observancia.

Recientemente, la STS 605/2016, de 6 de octubre de 2016, se ha pronunciado sobre la aplicación de la presente doctrina, en concreto sobre los hechos viciados por error, a lo que manifiesta: *“los actos que están viciados excluyen la aplicación de la doctrina, pues esta Sala viene exigiendo, que los denominados actos propios sean vinculantes (...). Lo que no puede predicarse de los supuestos en que hay error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia.”*

Del mismo modo lo han declarado la STS 545/2010, de 9 de diciembre de 2010, 147/2012, de 9 de marzo de 2012, 547/2012, de 25 de febrero de 2013 y más recientemente 605/2016, de 6 de octubre de 2016, declaran que no resulta aplicable esta doctrina *“cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla”*.

En conclusión, el cobro de liquidaciones positivas; el pago de negativas¹⁸; la rescisión unilateral del contrato o la contratación de productos similares no significan ni la confirmación del negocio ni la subsanación del error que pesa sobre lo contratado. Por último, respecto a la convalidación de un contrato viciado por error, es posible, pero siempre finalizada la creencia inexacta, como señala la STS 535/2015, de 15 de octubre de 2015, *“la confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración”*.

¹⁸ STS 243/2017, de 20 de abril de 2017, entre otras.

4. VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR

Si el desconocimiento de lo que se contrata fruto de la asimetría de información que existe entre las partes es la enfermedad, el vicio del consentimiento por error es la cura.

4.1 VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR EN EL CÓDIGO CIVIL

La regulación del error en el Código Civil nunca ha estado exenta de críticas, ni incluso se libran de ellas los textos originarios romanos. De hecho, DE CASTRO Y BRAVO lo califica como “punto negro en la ciencia jurídica”¹⁹.

La doctrina en su día se planteó cuál debía ser la sustancia última de los contratos. Parte de ella se decantó por que el contrato era un vínculo volitivo, que dio lugar a la teoría subjetiva; mientras que la otra señaló la sustancia, teoría objetiva. La sentencia de 4 de enero de 1982 señaló la inclinación por la opción subjetiva, aunque advirtiendo que por ello no había que dejar de lado elementos objetivos.

Como un contrato es un acuerdo de voluntades entre las partes, el contrato se perfecciona cuando éstas prestan su consentimiento (ex art. 1258 CC). Por tanto, observamos como el consentimiento es un elemento sin el cual no habría contrato, es *esencial*, como así queda declarado en el artículo 1261 CC. Y entre las distintas formas no válidas en las que se presta el consentimiento, se encuentra el error. La doctrina ha distinguido distintos tipos de error que pueden surgir de una relación contractual (invalidante y no invalidante; obstativo y no obstativo y de hecho o de Derecho), más el caso que se trae a colación es el error que tradicionalmente se ha llamado como error propio. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN lo definen como “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”²⁰, y LACRUZ BERDEJO “cuando la ignorancia o la defectuosa representación de una situación de hecho (error de hecho) o de derecho (error de derecho) que haya de ser considerado para la conclusión del acuerdo, induzca al sujeto a estipular el contrato”²¹. VALPUESTA FERNÁNDEZ entiende por error “la falsa representación de la realidad que sirve de presupuesto para

¹⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F. De nuevo sobre el error en el consentimiento, Anuario de Derecho Civil, Vol. 41, núm. 2, 1988, p. 403.

²⁰ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., Sistema de Derecho Civil, Vol. II, Tecnos, Madrid, 9ª edición.

²¹ LACRUZ BERDEJO, J.L., et al., Elementos de Derecho Civil, T. II Derecho de Obligaciones, vol. I, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2011, p. 358

la realización de un contrato”²². Por lo expuesto se puede decir que la doctrina es pacífica conforme a la noción del error vicio del consentimiento. A su vez, la jurisprudencia lo considera en los mismos simples términos: una representación inexacta de la realidad.

4.2 EFECTOS DEL ERROR EN LOS CONTRATOS

El Código Civil presente una regulación difusa en cuanto a la ineficacia de los contratos debido a que, en primer lugar, no ha sido establecido la consecuencia concreta al acto determinado, por lo que, como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, a irregularidades similares pueden darse distintas disciplinas normativas²³. Entre las distintas formas que puede clasificarse un contrato según su ineficacia, la que más interesa distinguir en esta cuestión es la nulidad absoluta y la nulidad relativa o anulabilidad.

La normativa MiFID I no ha impuesto consecuencias de alcance civil ante el incumplimiento del deber de información. Por su parte el TJUE ha señalado que “corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales que deben derivarse de la inobservancia, por parte de una empresa de inversión que ofrece un servicio de inversión, de las exigencias de evaluación establecidas en el artículo 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, respetando los principios de equivalencia y efectividad”. España no ha regulado de manera especial esta cuestión, por lo que la ineficacia del contrato pasa principalmente por la declaración de nulidad o anulabilidad del contrato. Esta ha sido la vía principal de ataque a las sentencias analizadas, y en opinión de VALPUESTA GASTAMINZA²⁴, los tribunales han declarado esta calificación con excesiva laxitud.

La nulidad absoluta niega los efectos que el contrato debería producir. La nulidad de un contrato puede producirse por distintas razones: i) el límite de la autonomía de la voluntad ha sido superado ii) ausencia de los requisitos esenciales del artículo 1261 CC y iii) la causa que da lugar al contrato es ilícita. Que el contrato sea nulo implica que las

²² VALPUESTA FERNÁNDEZ R., “Comentario al artículo 1266 del Código Civil”, Código Civil comentado, vol. III, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2016, p. 625.

²³ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., Sistema de Derecho Civil, Vol. II, Tecnos, Madrid, 9ª edición.

²⁴ 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 Transnacional, Vol. 8, 2016, p. 299.

partes deben restituirse recíprocamente el objeto y sus intereses. La acción de nulidad es imprescriptible.

La anulabilidad, en cambio, no responde a ningún precepto legal, sino que ha sido producto de una construcción doctrinal y jurisprudencial a partir del artículo 1300 CC, en el cual se emplea el término “anulados”, y de ahí la acción de anulabilidad. Las causas hay que deducirlas de la lectura de los artículos 1301 y 1302 CC, y éstas son: la menor edad o incapacitación, el error, la violencia o intimidación y el dolo.

La diferencia entre ambos, pues como se ha dicho no es claro que elementos determinan uno u otro efecto, es que en este caso los efectos son claudicantes y ante ello no rige lo dispuesto en los artículos 1305 y 1306 del Código. La anulabilidad se ha caracterizado por ser un mecanismo tuitivo. DELGADO ECHEVARRIA y PARRA LUCÁN²⁵ así lo declaran “es una clase de invalidez dirigida a la protección de un determinado sujeto -por lo general, una de las partes del contrato-, de manera que únicamente él pueda alegarla, y asimismo pueda optar por convalidar el contrato anulable mediante su confirmación”. La autotutela justifica que la acción para declarar la anulabilidad solo corresponda a una de las partes, y ni un tercero ni el propio juzgador pueden así solicitarlo. Asimismo, esta autotutela también justifica que puedan ser confirmados, a diferencia de los contratos radicalmente nulos.

En resumen, se puede optar tanto a la nulidad radical como a la relativa para declarar la ineficacia del contrato. Igualmente, los efectos serán los mismos: la reposición de las prestaciones. Si bien, la imprescriptibilidad de la acción de nulidad es más favorable de haber transcurridos cuatro años desde la consumación del contrato.

²⁵ DELGADO ECHEVERRIA, J. y PARRA LUCÁN, M^a A., Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica, Dykinson, Madrid, 2005, p. 52.

5. LA JURISPRUDENCIA EN TORNO AL VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR EN LOS CONTRATOS FINANCIEROS

Jurisprudencialmente no ha habido divergencia con la doctrina en torno al concepto del error tipo. Históricamente las sentencias 114/1985, de 18 de febrero de 1985, 295/1994, de 29 de marzo de 1994, 756/1996, de 28 de septiembre de 1996, 434/1997, de 21 de mayo de 1997, han reiterado la formulación de la inexistencia de consentimiento cuando se contrata a partir de una creencia inexacta. Más recientemente la sentencia 695/2010, de 12 de noviembre de 2010, ha confirmado esta senda jurisprudencial, que se puede caracterizar como constante y uniforme.

5.1 JURISPRUDENCIA SOBRE EL DEBER DE INFORMACIÓN

En epígrafes anteriores fue explicado el deber recíproco de informar y ser informado sobre lo que se contrata en aras de la buena fe y la autorresponsabilidad. Asimismo, se han abordado los distintos textos legales en los que estos deberes quedaban recogidos, así como los distintos enfoques dados, tanto por el legislador europeo como patrio.

Los pronunciamientos sobre este deber han versado sobre el papel que adopta la entidad bancaria en la negociación. El planteamiento por parte de las entidades financieras demandadas ha sido, en línea general, señalar al consumidor como culpable de su desinformación. No resulta descabellado tildar de imprudente a quien no se informa de lo que contrata. Dicho esto, el Tribunal Supremo ha abordado esta cuestión señalando importantes precisiones:

- a) Es una obligación activa, y no de mera disponibilidad (STS 244/2013, de 18 de abril de 2013).
- b) Al que desconoce no se le puede exigir que se informe pues no sabe qué información requiere, por ello la institución financiera es quien tiene que tomar la iniciativa y proporcionarla (STS 769/2014, de 12 de enero de 2015).
- c) El aspecto cuantitativo y cualitativo del deber de información varía conforme al perfil personal del cliente. La entidad deberá amoldarse y proveer las explicaciones y documentos que proporcionalmente requieran. En resumen, como señala la STS 631/2015, de 26 de noviembre de 2015, “*esta información -*

la genérica suministrada en el contrato-, que podría considerarse suficiente para un inversor profesional, no lo es para un minorista”.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha recalcado que no vale un cumplimiento formal, en todo caso material²⁶, es decir, no vale la simple entrega de documentos: *“un cliente de este tipo no es consciente con la mera lectura de las estipulaciones contractuales, que contienen términos específicos de este mercado, de difícil comprensión para un profano, y las fórmulas financieras contenidas en el contrato, la mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato”* STS 324/2016, de 4 de febrero de 2016. Es por esto, que aun quedando en el contrato una perfecta explicación del funcionamiento, la STS 689/2015, de 16 de diciembre de 2016 y 21/2016, de 3 de febrero de 2016, han exigido a las entidades financieras que se *“ilustre el funcionamiento del producto complejo con ejemplos que pongan en evidencia los concretos riesgos que asume el cliente”*.

A *sensu contrario*, la omisión del deber no implica la apreciación del error vicio dado que pueda ocurrir que el propio inversor no la requiriese, por su experiencia con los productos financieros complejos o por haber obtenido la información suficiente para lograr un juicio claro por sus propios medios²⁷.

En último lugar, al error provocado por este incumplimiento del deber de información, la jurisprudencia lo ha llamado error heteroinducido. Ante esto, los inversores han intentado en multitud de procedimientos declarar esta actitud omisiva como casos de dolo negativo. La jurisprudencia ha interpretado la apreciación de dolo del artículo 1269 CC en función de cuatro requisitos²⁸:

- a) una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, mediante palabras o maquinaciones adecuadas;
- b) la voluntad del declarante debe haber quedado viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño;
- c) esta conducta deber ser determinante de la declaración;
- d) el carácter grave de la conducta insidiosa y,

²⁶ *“No se trata de abrumar al cliente con fórmulas, datos y cifras, que más que dar información, la ocultan, sino de asegurarse de que el cliente ha comprendido la naturaleza y riesgos del producto o servicio mediante una explicación clara, imparcial y no engañosa de estos extremos” (sentencias 2/2017, de 10 de enero, y 149/2017, de 2 de marzo, entre otras muchas).*

²⁷ STS 642/2017, de 21 de febrero de 2017.

²⁸ STS 358/2016, de 1 de junio de 2016.

- e) el engaño no debe haber sido ocasionado por un tercero, ni empleado por las dos partes.

No obstante, a su vez se ha insistido en la necesidad de que el propio engaño debe ser el medio por el que se consiga el consentimiento del cliente. Es decir, aunque la entidad financiera omita la información, no por ello existe dolo, debe probarse una verdadera intencionalidad en el silencio.

5.2 JURISPRUDENCIA SOBRE EL VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR

Los hechos enjuiciados por todos los tribunales responden a antecedentes fácticos de gran similitud, por lo que el Tribunal Supremo ha dictado numerosas sentencias de pleno conforme a las cuales se ha guiado la acción de la justicia. En la sentencia de pleno 840/2013, de 14 de enero de 2013, el Alto Tribunal aprovechó para aglutinar y exponer la senda doctrinal a seguir en la resolución de casos de contratos financieros²⁹. No es que esto fuese así explícitamente mencionado, sino que son revisados y expuestos todos los extremos en relación con ello: deber de información, consentimiento viciado de error, test de idoneidad y conveniencia, etc. De este modo, la gran mayoría de las sentencias posteriores parten de esta resolución, así como articulan su línea argumental en torno a la misma. El Pleno fue presidido por el Magistrado Marín Castán y el ponente, Sancho Gargallo.

La demandante, una sociedad española, firmó un swap de inflación especulativo por medio de su representante con una entidad bancaria en el año 2008. El firmante quedó demostrado en su desconocimiento financiero y en su desinformación respecto de los riesgos que implicaba la operación; de hecho, en la comercialización se le planteó como un “seguro” ante los tipos de interés. Tras una primera liquidación positiva para el actor, prosiguieron sucesivas negativas, a lo que se interpuso demanda de juicio ordinario. En primera instancia se estimó la demanda, así como se desestimó la apelación en segunda, presentándose recurso de casación en marzo de 2012.

Es en el Fundamento Jurídico Sexto cuando entra el Tribunal a resolver materialmente el recurso. En primer lugar, argumenta la natural existencia de la asimetría financiera en el campo financiero por motivo de su complejidad y por ello, pasa a explicar cómo la normativa MiFID ha sido pensada y configurada principalmente

²⁹ Asimismo, es la primera que anula un contrato swap.

para proteger al “inversor minorista no experimentado”. El principio jurídico que justifica esto, como se ha mencionado, es la buena fe, y no solo en el ordenamiento jurídico español, sino en el europeo continental del mismo modo.

Pero, si por algún motivo es mencionada y reconocida esta sentencia, es porque declara de oficio la presunción *iuris tantum* de desinformación por parte del cliente y, por tanto, la presunción del error vicio. El razonamiento lógico deductivo parte de la obligación del test de conveniencia que deben realizar las entidades cuando se contratan servicios de inversión. El Tribunal argumenta que en ausencia de dicho test se debe presumir que el consentimiento del contrato está viciado:

“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”.

Las presunciones judiciales encuentran su fundamento legal en el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual se permite, a partir de un hecho probado, aceptar otro (presunto), si entre ellos media un “enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”. Ante el planteamiento de cual es este enlace, COLINO MEDIÁVILLA argumenta que es la probabilidad cualificada de que así sea³⁰. La doctrina se ha mostrado en contra del establecimiento de presunciones para establecer la calificación jurídica, sino en todo caso, para dar por probado los hechos³¹. En consecuencia, si no se realiza el test oportuno nace la presunción *iuris tantum* de error en lo que se contrata, siempre impugnabile mediante prueba en contrario, como tiene lugar en la sentencia de Pleno de 30 de junio de 2015.

La primera sentencia relevante en el período es la STS 683/2012, de 21 de noviembre de 2012, la cual resulta realmente didáctica respecto a la concepción doctrinal y jurisprudencial del vicio del consentimiento por error. En su Fundamento Jurídico 4º realiza un detallado examen sobre el error-vicio, de lo que cabe resumir:

³⁰ COLINO MEDIÁVILLA, J.L, Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, p. 474.

³¹ 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 Transnacional, 2016, Vol. 8, Nº 1, pp. 271-299.

- i) El error debe ser realmente tal y no el desconocimiento de aleatorios sucesos que podrían haber ocurrido.
- ii) El error ha de recaer sobre la persona o la sustancia.
- iii) El error ha de ser esencial, esto es, cuyo fundamento radique en el elemento causal que dio lugar al contrato.
- iv) El error debe de estar presente en el momento de celebración del contrato.
- v) El error debe ser excusable.

5.2.1 SUSTANCIA Y ESENCIALIDAD DEL RIESGO DE LA INVERSIÓN

Los errores pueden versar sobre la persona con la que se contrata o sobre la sustancia (objeto) o en ambas. En el asunto que tratamos, el objeto del contrato es complejo por diversos motivos, algo que la jurisprudencia ha confirmado. Pero el consentimiento no se vicia sobre cualquier creencia errónea, debe recaer sobre elementos principales y no accesorias del producto sin las cuales no habría voluntad de contratar. Sin duda el riesgo es un elemento principal, que se tiene en cuenta a la hora de advertir la conveniencia de una inversión. En definitiva, es un elemento causal, de acuerdo con la STS 547/2015, de 20 de octubre³² de 2015.

El inversor debe quedar claramente informado, en primer lugar, que la inversión financiera en la que se va a aventurar conlleva un riesgo y por ello no cabe hablarse de un seguro. En adición, no basta con solo eso³³, *“la información relevante en cuanto al riesgo de la operación es la relativa a la previsión razonada y razonable del comportamiento futuro del tipo variable referencial, pues solo así el cliente puede valorar con conocimiento de causa si la oferta de la entidad bancaria, en las condiciones de tipo de interés, periodo y cálculo propuestos, satisface o no su utilidad o conveniencia negocial. No se trata de que (el banco) pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés”*.

³² “(...) los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata”

³³ STS 460/2014, de 10 de septiembre de 2014.

La previsión de la evolución de los tipos de interés es un elemento crucial para determinar la conveniencia o no de realizar la operación para ambas partes. Por ello, el Tribunal Supremo ha entrado a debatir sobre la obligación de compartir estas previsiones con los clientes. En esta cuestión el Alto Tribunal ha sido claro en sus decisiones. La STS 491/2015, de 15 de septiembre de 2015, negó en primer lugar la existencia de error por el desconocimiento de la evolución de los tipos de interés ante un supuesto deber de proporcionarlos, y la STS 613/2015, de 10 de noviembre de 2015, y la 675/2015, de 25 de noviembre de 2015, así lo confirmaron. Una semana más tarde la sentencia 668/2015, de 4 de diciembre de 2015, matizó: *“el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de los tipos de interés, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente”*. Entonces, no tiene que compartir la previsión como tal, pero sí cuales iban a ser los efectos de tal previsión. ¿No viene a ser al caso lo mismo?

La jurisprudencia asimismo ha señalado otro elemento esencial concreto como es el caso de la fórmula matemática conforme a la cual se desenvuelve el producto. Según señala la STS 322/2016, de 18 de mayo de 2016, esta debe quedar detallada en el contrato, y de no ser así, habría que acudir al artículo 1289 CC párrafo segundo, que decreta la nulidad del contrato.

5.2.2 EXCUSABILIDAD

Realmente, el elemento más casuístico y sujeto a la interpretación de los tribunales es la excusabilidad del error, y sobre tal concepto disertan la mayoría de las resoluciones. La STS 1279/2006 y otras establecen la excusabilidad del error *“entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular, requisito éste que no consta expresamente en el Código Civil, pero lo viene exigiendo la jurisprudencia en sintonía con un elemental postulado de buena fe (arts. 7.1 y 1.258 CC) a efectos de impedir que se proteja a quién no merece dicha protección por su conducta negligente”*.

El Código no hace mención alguna sobre la diligencia del que comete el error y sus consecuencias. La jurisprudencia ante ello ha determinado aplicable el principio *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelletur damnum sentire* (no se entiende que padece daño el que por su culpa lo sufre). Se deduce por tanto que es un requisito subjetivo y no objetivo, a lo que habrá que observarse elementos personales relevantes

como formación, empleo, experiencia con los mercados financieros y otros elementos conexos de los que razonablemente se pudiera extraer la aceptabilidad del error. La STS 113/1994 explica al respecto que *“es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa”*.

En la STS 626/2013, de 29 de octubre de 2013, la parte actora, una sociedad de tamaño medio, venía suscribiendo diferentes contratos con una entidad bancaria; todos ellos contratos básicos de financiación y nunca sofisticados, como fue el objeto de este procedimiento, un swap financiero. Lo que llevó a celebrar el contrato a la demandante fue la confianza que tenía en la entidad, fruto de la larga relación comercial que venían manteniendo hasta el momento, y un folleto informativo, el cual no informaba adecuadamente de los riesgos de la operación.

Tras condenar en primera instancia y en apelación a la entidad bancaria, el Alto Tribunal resuelve en casación la no apreciación del error basándose en el tamaño de la empresa y sus años de existencia, argumentando: *“Es difícil admitir que una sociedad con experiencia en el mercado y en las relaciones con las entidades bancarias, como XXXX, SL, padeciera un error como el declarado en las instancias. Pero, en todo caso, hay que rechazar que el mismo superase el límite de los riesgos asumidos y, en último caso, que fuera excusable”*.

El Tribunal no realiza una descripción detallada de los elementos en los que se basa para llegar a tal conclusión, únicamente menciona la experiencia en el mercado y la bancaria. Hubiera sido deseable poder obtener un pronunciamiento más extenso sobre la relevancia de la antigüedad de la empresa y las relaciones con entidades bancarias a pesar de que hubiese quedado constatado en autos que no tenía ninguna experiencia previa en contratación financiera “sofisticada”.

En cuanto a la excusabilidad de la sociedad mercantil que suscribe un contrato financiero, hay que atender a las cualidades personales de quien lo contrata y no de las características de la sociedad, a diferencia de lo que ocurre en la anterior sentencia comentada. La jurisprudencia constantemente se ha postulado contraria a que el hecho de ser empresario o comerciante no presupone el perfil de experto por el que se atenúan los deberes de información (STS 549/2015, de 22 de octubre de 2015, 633/2015, de 19 de noviembre de 2015, y 651/2015, de 20 de noviembre de 2015, entre otras).

Por otro lado, el hecho de que el suscriptor esté a su vez asesorado por un tercero no es causa suficiente para calificar de inexcusable el error. Ese tercero tendrá que ser necesariamente un experto en inversión financiera³⁴, como ocurre en la STS 458/2014, de 8 de septiembre de 2014 y 261/2018, de 3 de mayo de 2018. Por ejemplo, en la STS 244/2013, de 18 de abril de 2013, excusa del error a un cliente que contaba con el consejo de un asesor contable y laboral. Otra tercera persona que no convierte el error en inexcusable es el hecho de que el cónyuge del contratante trabaje para la propia entidad demandada, al menos como administrativa, como así se pretendió declarar en la STS 715/2016, de 30 de noviembre de 2016.

El nivel de estudios también es un elemento significativo a valorar a la hora de determinar la excusabilidad del error. Por un lado, la STS 324/2016, de 4 de febrero de 2016 determina que los contratantes hubiesen estudiado Economía o comercio no significa que tengan conocimiento en los mercados financieros, al igual que tampoco lo admite en el caso de un inversor no institucional licenciado en Derecho y Económicas como ocurre en la STS 361/2016, de 12 de febrero de 2016, *“ser licenciado en Derecho y Económicas, y haber ejercido de abogado en un despacho que llevaba asuntos internacionales, no es suficiente para presumir que el administrador podía conocer, en el año 2005, cuando firmó el primer swap, o después, cuando firmó los restantes cuatro swaps, cuáles eran los riesgos del producto que contrataba”*. Igualmente se ha aceptado la excusabilidad del error en un contrato financiero complejo a un Registrador de la Propiedad (STS 8/2019, de 11 de enero de 2019) y a un Interventor-Secretario de Ayuntamiento (STS 618/2019, de 19 de noviembre de 2019).

Otro aspecto subjetivo a valorar es la experiencia, tanto aun no dedicándose profesionalmente a los mercados financieros como sí. La STS 458/2014, de 8 de septiembre de 2014, califica como inexcusable el error de una asidua inversora de productos de alto riesgo³⁵, de igual manera ocurre en la STS 321/2017, de 23 de mayo de 2017. No obstante, que quien contrate tenga reconocida experiencia de los mercados financieros no satisface la necesidad de informar acerca al producto y sus características, como ocurre en los hechos de la STS 653/2018, de 20 de noviembre de 2018, a quien se le venden participaciones preferentes como producto de renta fija. La STS 512/2016, de 16 de febrero de 2016, niega la apreciación del error a un contratante

³⁴ Ver STS 458/2014, de 8 de septiembre de 2014

³⁵ Fundamento Jurídico 14º

que se había dedicado profesionalmente al análisis de riesgos: “*esta presunción admite una justificación en contrario en casos como el presente, en que quien contrata los productos financieros complejos tiene una experiencia profesional, como analista de riesgos en una empresa de capital riesgo, que impide apreciar la existencia de una asimetría informativa, y, en cualquier caso, permite que se le presuponga una capacidad de entender los riesgos que se asumía en la contratación de los swaps a la vista de la información contenida en los contratos*” y la STS 546/2018, de 3 de octubre de 2018, a un demandante que en su día fue director de sucursal bancaria.

Tanto en los motivos de experiencia como en los de profesión en los que la jurisprudencia ha negado la excusabilidad del error, parece que ha aplicado una suerte de analogía del artículo 1484 CC mediante el cual se niega al comprador el derecho al saneamiento por vicios en la compraventa cuando “por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos”.

Una de las sentencias más discutibles en torno a la excusabilidad del error es la STS 222/2018, de 17 de abril de 2018. Un cliente no institucional decidió suscribir cinco contratos *swaps* de tipo de interés. En una de las cláusulas del contrato marco se dejaba constancia que la operación no correspondía con el interés del cliente³⁶. El Tribunal, a la hora de resolver, declara la nulidad del contrato pues no había sido informado de todos los riesgos, simplemente se le advirtió que no lo realizase ya que no era de su conveniencia. Si acudimos *stricto sensu* al principio conforme al cual no merece protección quien por su negligencia sufre el daño, no resulta compatible con la solución aportada al caso, lo que deja ver el excelso valor que la Sala Primera ha otorgado a la información que transmite la entidad financiera. El Voto Particular emitido por el Magistrado Salas Carceller en la STS 222/2018, de 17 de abril de 2018, no acepta la excusabilidad a quién alega error si ha sido advertido de su inconveniencia (aun la información haya sido defectuosa).

³⁶ “El Cliente declara que ha sido informado por (X) de que la realización de esta operación NO es conveniente ni adecuada para él, atendiendo a sus conocimientos y experiencia sobre el producto o instrumento financiero de la misma, lo cual el Cliente reconoce y asume, y declara, asimismo, que, a pesar de ello, decide formalizar la presente operación a su solicitud y por su propia iniciativa”

5.2.3 EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO

El artículo 6.3 CC genéricamente y el artículo 1300 CC, de un modo concreto, sancionan con la nulidad los actos contrarios a las normas imperativas y los contratos que adolezcan de algún elemento esencial, respectivamente. Ante esto, se ha planteado la posibilidad de que sea declarada de oficio la nulidad del contrato y no se requiera por tanto ejercer la acción de nulidad como tal por la parte. La STS 380/2016, de 3 de junio de 2016, entra a deliberar sobre estas cuestiones. El Tribunal rechaza la potestad del juez para poder declarar de oficio la nulidad ni conforme el artículo 1302 CC, ni por la vía genérica del 6.3 CC; esta última debido a que es necesario que la norma específica (art. 79 LMV) en la que se dispone tal imperativo o prohibición debe anudar esa consecuencia. La jurisprudencia actual expuesta choca con el planteamiento jurisprudencial histórico que ha mantenido la Sala 1ª respecto a la nulidad *ipso iure* del contrato.

Sin embargo, el efecto del contrato nulo es la restitución de las prestaciones, en cambio, si puede ser declarado de oficio, como dicta la STS 102/2015, de 10 de marzo de 2015, “*es doctrina jurisprudencial la que afirma que no es incongruente la sentencia que anuda a la declaración de ineficacia de un negocio jurídico las consecuencias que le son inherentes, que son aplicables de oficio como efecto ex lege, al tratarse de las consecuencias ineludibles de la invalidez*”. Las cantidades a restituir para el inversor será la cantidad inicial invertida menos las liquidaciones positivas en su día tomadas, pues de lo contrario nos encontraríamos ante supuestos de enriquecimiento sin causa (STS 716/2016, de 30 de noviembre de 2016, y las que cita)³⁷.

La sentencia de 10 de noviembre de 1964 ya estableció la tendencia propagadora de los contratos nulos sobre sus actos dependientes. Esta *vis expansiva* negocial debe ser apoyada en un nexo funcional, y así ocurre cuando por un contrato de inversión nulo por error-vicio se suscribe consiguiente de préstamo para hacer frente a las deudas generadas por el primario. Estos hechos fueron enjuiciados en la STS 11/2017, de 13 de enero de 2017, que lo justifica en los siguientes términos “*sirvió para abonar las liquidaciones negativas y los costes de la cancelación anticipada. Este último contrato estaba causalmente vinculado a los contratos de swap en virtud de un nexo funcional, pues su celebración fue necesaria para poder hacer frente al grave quebranto*

³⁷ Exactamente la cuantía de la devolución será el importe de la inversión efectuada por el adquirente, más el interés devengado desde que se hicieron los pagos, y el reintegro por el comprador de los rendimientos percibidos más los intereses desde la fecha de cada abono.

económico que los contratos de swap supusieron para las demandantes y permitir su exclusión de los registros de morosos y la continuación de su actividad empresarial”. También lo aplica la STS 331/2018, de 1 de junio 2018, la cual también explica otros posibles nexos³⁹.

Se plantea la cuestión si es posible ejercer la acción de daños y perjuicios del artículo 1101 CC de manera alternativa o subsidiaria en el escrito de demanda. El plazo de prescripción es de cinco años, un año superior a la acción de anulabilidad, con lo que se puede abrir la vía de recuperar lo invertido para acciones caducadas. Esta acción es posible siempre que se pruebe el incumplimiento del deber de información por parte de la entidad comercializadora, y que tal incumplimiento genera el daño patrimonial a título de imputación jurídica, esto es, la pérdida total o parcial de lo invertido. La jurisprudencia ha aceptado esta vía de impugnación, y así lo ha explicitado en la reciente STS 249/2019, de 6 de mayo de 2019: *“en la comercialización de los productos financieros complejos sujetos a la normativa MiFID, el incumplimiento de las obligaciones de información por parte de la entidad financiera podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual, para solicitar la indemnización de los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia de un incorrecto asesoramiento. Pero no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento”.* En cambio, como menciona la última oración citada, no se puede pretender la impugnación por la vía de la resolución del contrato. También es interesante esta opción en aquellos casos en los que el error resulta inaplicable dado el carácter de experto de quien lo alega. Por ejemplo, una contratación con una persona con experiencia en contratos de inversión complejos en la que ha habido información defectuosa. Esta no podrá alegar el error vicio, pero si los daños y perjuicios causados. La STS 174/2018, de 23 de marzo de 2018 por su parte no solo cierra la opción a la resolución, sino que también a la *exceptio non adimpletis contractus*, dado que esta *“tiene su fundamento en la reciprocidad de las obligaciones, ya que deriva de su cumplimiento simultáneo y constituye un remedio, basado en la equidad y la buena fe, para que el deudor de una obligación pueda negarse a cumplir aquello a lo que se*

³⁹*“Dicha relación de conexión puede darse por razón de diversas circunstancias, bien porque el contrato principal o inicial constituye un presupuesto o una conditio iuris para que el contrato posterior realice plenamente su función práctica, o bien, porque en el momento de su celebración ambos contratos cooperen necesariamente para la consecución del resultado económico perseguido por las partes, supuestos de los negocios complejos y coaligados*

obligó en tanto la contraparte no cumpla u ofrezca cumplir la prestación que a él le debe". BERROCAL LANZAROT⁴⁰ añade que no solo no puede prosperar la acción por incumplimiento del contrato por una defectuosa transmisión de información en la fase de formación del contrato, sino porque también la parte demandada ha cumplido con la entrega de las prestaciones conforme a lo pactado.

El Magistrado Salas Carceller en el voto particular de la STS 222/2018, de 17 de abril de 2018, señala que en aquellos casos en los que se hubiera condicionado la obtención de crédito o cualquier financiación a la firma de otro contrato, pueden alegarse otras vías de vicio en el consentimiento como son la intimidación o el dolo, en aplicación del artículo 6 CC.

En último lugar, la jurisprudencia ha establecido la imposibilidad de declarar la nulidad parcial del contrato viciado por error (STS 380/2016, de 3 de junio de 2016, 450/2016, de 1 de julio de 2016, 82/2017, de 14 de febrero de 2017 y 69/2020, de 3 de febrero de 2020, entre otras).

5.2.4 PLAZO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE ANULABILIDAD

La acción de anulabilidad se encuentra sujeta a caducidad, que según el artículo 1301 CC será de cuatro años desde la consumación del contrato, momento difícil de determinar en los contratos de tracto sucesivo. Ha llegado a la Sala Primera la oportunidad de interpretar este artículo en relación con los contratos financieros sobre los que pesa el error excusable del contratante. Pudiera ocurrir que una de las partes del contrato se enterase del error tiempo después de los cuatro años desde que comenzó a consumarse el contrato, por ejemplo, si fuese de una duración superior; ante lo que no podría formular acción de anulabilidad. Ante ello el Tribunal Supremo ha realizado una interpretación más actual y cercana a la realidad negocial de los tiempos. La STS 769/2014, de 12 de enero de 2015, es importante en cuanto al plazo de impugnación dado que establece jurisprudencia sobre los siguientes términos:

a) Concepto de consumación de contrato

La consumación del contrato ha sido tradicionalmente interpretada como la perfección del contrato, cuando no son equivalentes, al menos en ciertos contratos. El Tribunal establece que para que haya habido consumación en la relación contractual, debe haber *“una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la*

⁴⁰ BERROCAL LANZAROT, A.I., Los deberes de información en la comercialización de productos de inversión. Las consecuencias de su incumplimiento, 2018, p. 211.

situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad”.

b) Momento de consumación del contrato financiero

Para entender la concepción de la consumación de los contratos en el siglo XXI, es decir, conforme a la realidad social del momento ex. art. 3 CC, el Tribunal argumenta que no cabe la aplicación literal de la consumación tal y como la entendía el legislador decimonónico⁴¹. La consumación en la contratación financiera actual, por lo general compleja, no podrá entenderse realizada al menos desde que el contratante conoció que había incurrido en error o que la contraparte en dolo, es lo que se conoce doctrina de la *actio nata*. Es decir, se confundían el momento de perfección con el de consumación, conceptos diferentes, aunque si bien es verdad en ciertos contratos se solapan. Al igual que ocurre con el Derecho de Daños, en el que al menos el plazo no comienza desde la materialización o conocimiento del daño para la protección de la víctima, el Derecho Patrimonial no permite que el plazo inicie hasta que se conozca ese menoscabo patrimonial.

“En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento...El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error”.

En las sentencias posteriores fue aplicada la doctrina establecida en la STS 769/2014, de 13 de febrero de 2014, de una manera reiterada y constante hasta la Sentencia de Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo 89/2018, de 19 febrero de 2018.

Los hechos que concurren en esta resolución tienen relación con la contratación de swaps financieros en distintas fechas para cubrir el riesgo de tipo de interés de un crédito hipotecario. Los swaps objeto de contratación fueron tres, sustituyéndose

⁴¹ *“En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual”.* STS 769/2014, de 12 de enero de 2015

sucesivamente uno por otro, hasta que el tercero, cuyo nominal era cinco millones de euros, arrojó un saldo final negativo.

En Primera Instancia falló a favor de la demandante, declarando la nulidad de los contratos y rechazando que hubiese caducado la acción, como alegaba la demandada. El tribunal de Apelación, en cambio, entendió que habían caducado las acciones de los dos primeros contratos, y por tanto que el *dies a quo* era la fecha de cancelación anticipada de cada uno. La entidad bancaria, en la casación, se apoyó en esta tesis, señalando que la cancelación anticipada es hecho suficiente para probar que los clientes ya habían advertido de su error y que por ello en ese momento debía de comenzar el plazo para todos los contratos viciados pues eran similares en cuanto al funcionamiento.

El Tribunal Supremo rechazó en casación la tesis de la entidad bancaria al entender que la consumación en los contratos swaps tiene lugar en el momento del agotamiento o extinción del contrato ex art. 1301 CC. Lo que alega el Tribunal es que aun habiéndose cancelado anteriormente dos contratos y en el tercero haber recibido desde comienzo resultados negativos, la extinción tiene lugar cuando haya tenido lugar la “*efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato*”.

La jurisprudencia posterior ha acogido pacíficamente esta concepción de consumación. En concreto, la STS 160/2018, de 21 de marzo de 2018, 409/2019, de 9 de julio de 2019, 36/2019, de 17 de enero de 2019 y la 139/2020, de 18 de febrero de 2020. RODRÍGUEZ-ROSADO⁴² alerta de la posible puesta en entredicho del criterio fijado en la sentencia 89/2018, de 19 de febrero de 2018, al extrapolar la solución dada en los contratos de tracto único a todos los casos de *swaps*.

⁴² RODRÍGUEZ-ROSADO, B., Cinco años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre contratos swap, Aranzadi, Málaga, 2018, p. 19.

6. VALORACIÓN PERSONAL Y PROPUESTA DE LEGISFERENDA

Toda la doctrina jurisprudencial expuesta es consecuencia de la contratación masiva de productos financieros durante los años precedentes a la crisis financiera de 2008. El número de resoluciones judiciales en esta materia ha sido de un volumen especialmente alto, y eso sin tener en cuenta aquellos casos que se hayan resuelto mediante acuerdos extrajudiciales o que ni siquiera hayan llegado a instancias tan altas.

La mayoría de las resoluciones examinadas, tanto siendo la normativa MiFID aplicable como no, han sido a favor de los inversores, minoristas en su gran parte, lo que lleva a pensar en lo que parece una defectuosa comercialización de los productos por parte de las entidades.

En efecto, en los últimos años han salido a la luz multitud de escándalos financieros (obligaciones preferentes, hipotecas multidivisas, etc.) en los que se observa un factor común: el desconocimiento de los inversores de los productos contratados. El “producto estrella” objeto de litigación fueron los swaps. Este derivado financiero se ofrecía como un “seguro” ante la subida de los tipos de interés. Y, en realidad, así son de una manera parcial, pero cuando el índice de referencia se encuentra en una tasa inferior a la pactada, implica un saldo negativo para el otro contratante. En consecuencia, no se trata de un seguro sino más bien de un producto especulativo. El Tribunal Supremo incluso ha entrado a explicar este fenómeno litigioso, detallando que si bien este tipo de productos está pensado para grandes operaciones de reestructuración financiera, las entidades bancarias las han ofrecido a pequeños inversores y empresarios, quienes se guían en buena parte por la confianza que mantienen con el empleado bancario⁴³.

Ante esta mala praxis bancaria, el Tribunal Supremo ha llevado a cabo un examen profundo de la obligación activa de informar que deben llevar a cabo las entidades financieras comercializadoras, máxime si el inversor carece de formación previa en estos asuntos. Es latente en una visión global de todas ellas la intención de proteger a los consumidores bancarios, obligando a los bancos al cumplimiento escrupuloso de informar al cliente.

⁴³ STS 747/2015, de 29 de diciembre de 2015, Fundamento Jurídico 4.

Es posible que ante este esfuerzo se esté derivando en un resultado no tan favorable para la sociedad en general. La obligación de informar está resultando en una exención de informarse o al menos de hacer los esfuerzos para ello por parte de los consumidores.

A nuestro juicio, entre los consumidores habrá que distinguir quienes tienen capacidad para comprender el contrato y su desenvolvimiento y quiénes no. No compartimos que haya de requerirse la calificación de experto en mercados financieros para que el contrato decaiga. Opinamos, y siempre que medien los documentos oportunos, que existe un sector de la población a quien se le debe exigir que entiendan lo que contratan y no se tengan que dejar llevar por las explicaciones de los empleados bancarios. Así, un licenciado en Derecho y Económicas, demuestra tener capacidad intelectual y formación suficiente para llegar a entender las cláusulas del contrato por complejas que sean; además la facilidad de acceso a información complementaria, tanto en un aspecto cuantitativo como cualitativo, es máxima actualmente.

En conclusión, existen casos particulares de consumidores a quienes se les debe elevar el grado de diligencia requerido pues de lo contrario se les perjudica, promoviendo un sector de la población más irresponsable e imprudente en un aspecto tan básico de la vida como es la contratación comercial.

Un asunto que ha despertado nuestra atención ha sido la causa que ha llevado a las entidades bancarias a inundar el mercado de estos productos. Que lo comercialicen implica que existen expectativas de obtener beneficios con ellos, es decir, que esperaban que los índices estuvieran por debajo del señalado en el contrato. Estas grandes estimaciones del desarrollo de los tipos de interés que realizan todas las entidades financieras, ¿eran compartidas con los consumidores?

Más vale criticar y proponer que solo lo primero y por ello estas son las soluciones que proponemos para poner fin a la contratación financiera desinformada:

- 1) Creación de un Registro Financiero: la institución de un registro público que permitiese el seguimiento de los contratos y sus contenidos, incluida la información precontractual, como ocurre con las condiciones generales de la contratación. El Registrador deberá cerciorarse que la información ha sido clara y suficiente.

- 2) Imposición a los bancos a compartir la información interna relevante: para paliar la desigualdad informativa entre institución y el consumidor, entre la documentación a entregar podría incluirse las previsiones que el banco maneja como previsiones de tipo de interés, precio de divisas y otros índices macroeconómicos relevantes para aventurarse a llevar a cabo una inversión.

- 3) Armonización y refundición de la normativa bancaria y financiera: la dispersión legal de la normativa sectorial, que muchos han llamado hipertrofia normativa, dificulta la seguridad jurídica de esta parte del ordenamiento. Por ello, sería razonable la creación de una ley sobre comercialización de productos financieros entre clientes minoristas.

Finalmente, estos casos hacen más evidente la necesidad de una reforma del Libro Cuarto del Código Civil. Este texto ha demostrado quedarse desfasado ante el fenómeno de la contratación moderna, tanto en los modos como en los tipos. Y ante este desfase la jurisprudencia tiene que salir al paso con su interpretación, que inevitablemente varía con el tiempo y con los casos, limitando los principios de legalidad y seguridad jurídica. Entendemos que la solución no es legislar vía normativa específica si no mejorar y actualizar el Código, acorde al siglo XXI.

7. CONCLUSIÓN

Las conclusiones halladas en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo en materia de contratación financiera han sido:

1. La contratación de ciertos productos financieros por clientes minoristas durante los años previos a la crisis financiera de 2008 ha dado lugar a una gran litigiosidad fruto de una defectuosa comercialización.
2. La transposición de la normativa MiFID no ha supuesto gran cambio en la información que debe mediar en la contratación, si bien la regulación anterior era en gran parte suficiente.
3. Aunque el demandante no hubiera formulado acciones judiciales ni extrajudiciales ante el cobro de liquidaciones negativas, esto no implica una tácita aceptación del negocio si es que sobre él pesa el error.
4. La obligación de informar es una obligación activa, basada en la buena fe y ajustada al perfil personal del inversor
5. No hay discusión doctrinal ni jurisprudencial en torno al concepto de vicio del consentimiento por error. Ambas aceptan el error como la creencia inexacta de la realidad.
6. El inversor no solo debe entender que la inversión conlleva riesgos sino cuáles explícitamente, y conforme a qué condiciones y hechos funciona el contrato.
7. Las acciones procesales idóneas para impugnar el contrato son la acción de nulidad, la acción de anulabilidad y la acción de daños y perjuicios y el dolo, pero en ningún caso la resolución ni la excepción por incumplimiento del contrato.
8. El *dies a quo* comienza con la consumación del contrato, siendo esto aquel momento en el que se pueda conocer las consecuencias económicas totales del contrato.
9. La jurisprudencia ha sido constante en su doctrina, no apreciándose, en general, cambios relevantes en sus interpretaciones.
10. Nuestras propuestas de *lege ferenda* tras este análisis son: reforma del libro IV del Código Civil, promulgación de Ley sobre comercialización de productos financieros entre clientes minoristas y articulación de un Registro de contratos financieros.

Por último, los avances del conocimiento logrados en este Trabajo Final de Grado han sido: actualización del análisis de la jurisprudencia de la Sala Primera, recopilación y clasificación de las sentencias por vicio del consentimiento por error en materia de contratación financiera y por último un análisis actual de la asimetría de la información y su regulación normativa.

8. BIBLIOGRAFÍA

8.1 LEGISLACIÓN

Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007).

Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica (BOE de 12 de noviembre de 2003).

Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE núm. 304 de 20 de diciembre de 2007).

Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013.

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 núm. 41 de 16 de febrero de 2008).

Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios (BOE núm. 121 de 21 de mayo de 1993).

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 núm. 287, de 30 de noviembre de 2007).

8.2 JURISPRUDENCIA

STS 154/1994, de 26 de febrero de 1994 (Id Cendoj: 28079110011994102309)

STS 434/1997, de 21 de mayo de 1997 (Id Cendoj: 28079110011997102303)

STC 73/1998, de 21 de abril de 1998 (BOE núm. 108, de 5 de mayo de 1988)

STS 829/2007, de 17 de julio de 2006 (Id Cendoj: 28079110012006100852)

STS 695/2010, de 12 de noviembre de 2010 (Id Cendoj: 28079110012010100673)

STS 545/2010, de 9 de diciembre de 2010 (Id Cendoj: 28079110012010100805)

STS 147/2012, de 9 de marzo de 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100101)

STS 683/2012, de 21 de noviembre de 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100690)

STS 547/2012, de 25 de febrero de 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100192)

STS 244/2013, de 18 de abril de 2013 (Id Cendoj: 28079119912013100012)

STS 626/2013, de 29 de octubre de 2013(Id Cendoj: 28079110012013100655)

STS 840/2013, de 20 de enero de 2014 (Id Cendoj: 28079119912014100002)

STS 458/2014, de 8 de septiembre de 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100454)

STS 460/2014, de 10 de septiembre de 2014 (Id Cendoj: 28079119912014100019)

STS 460/2014, de 10 de diciembre de 2014 (Id Cendoj: 28079119912014100019)

STS 769/2014, de 12 de enero de 2015 (Id Cendoj: 28079119912015100003)

STS 102/2015, de 10 de marzo de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100177)

STS 227/2015, de 9 de abril de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100238)

STS 491/2015, de 15 de septiembre de 2015 (Id Cendoj: 28079119912015100032)

STS 535/2015, de 15 de octubre de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100544)

STS 547/2015, de 20 de octubre de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100568)

STS 549/2015, de 22 de octubre de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100607)

STS 613/2015, de 10 de noviembre de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100608)

STS 651/2015, de 20 de noviembre de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100642)

STS 675/2015, de 25 de noviembre de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100644)

STS 631/2015, de 26 de noviembre de 2015(Id Cendoj: 28079110012015100654)

STS 668/2015, de 4 de diciembre de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100653)

STS 21/2016, de 3 de febrero de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100013)

STS 324/2016, de 4 de febrero de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100323)

STS 361/2016 de 12 de febrero de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100362)

STS 512/2016, de 16 de febrero de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100506)

STS 324/2016, de 18 de mayo de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100323)

STS 380/2016, de 3 de junio de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100364)

STS 50/2016, de 1 de julio de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100049)

STS 605/2016, de 6 de octubre de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100574)

STS 716/2016, de 30 de noviembre de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100695)

STS 689/2015, de 16 de diciembre de 2016 (Id Cendoj: 28079110012015100705)

STS 11/2017, de 13 de enero de 2017 (Id Cendoj: 28079110012017100015)

STS 82/2017, de 14 de febrero 2017(Id Cendoj: 28079110012017100087)

STS 243/2017, de 20 de abril de 2017 (Id Cendoj: 28079110012017100234)

STS 321/2017, de 23 de mayo de 2017 (Id Cendoj: 28079110012017100319)

STS 89/2018, de 19 febrero de 2018 (Id Cendoj: 28079110012018100067)

STS 160/2018 de 21 de marzo de 2018 (Id Cendoj: 28079110012018100163)

STS 174/2018, de 23 de marzo de 2018 (Id Cendoj: 28079110012018100152)

STS 222/2018, de 17 de abril de 2018 (Id Cendoj: 28079119912018100013)

STS 331/2018, de 1 de junio 2018 (Id Cendoj: 28079110012018100317)

STS 261/2018, de 3 de mayo de 2018 (Id Cendoj: 28079110012018100248)

STS 546/2018, de 3 de octubre de 2018 (Id Cendoj: 28079110012018100534)

STS 406/2018 de 24 de octubre de 2018 (Id Cendoj: 28079110012018100392)

STS 653/2018, de 20 de noviembre de 2018 (Id Cendoj: 28079110012018100631)

STS 8/2019, de 11 de enero de 2019 (Id Cendoj: 28079110012019100007)

STS 36/2019 de 17 de enero de 2019 (Id Cendoj: 28079110012019100076)

STS 249/2019, de 6 de mayo de 2019 (Id Cendoj: 28079110012019100239)

STS 409/2019 de 9 de julio de 2019 (Id Cendoj: 28079110012019100389)

STS 618/2019 de 19 de noviembre de 2019 (Id Cendoj: 28079110012019100606)

STS 69/2020, de 3 de febrero de 2020 (Id Cendoj: 28079119912020100001)

STS 139/2020, de 18 de febrero de 2020 (Id Cendoj: 28079110012020100138)

8.3 OBRAS DOCTRINALES

BERROCAL LANZAROT, A.I., Los deberes de información en la comercialización de productos de inversión. Las consecuencias de su incumplimiento, 2018, p. 211.

COLINO MEDIAVILLA, J.L, Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, p. 474.

DE CASTRO Y BRAVO, F. De nuevo sobre el error en el consentimiento, Anuario de Derecho Civil, Vol. 41, núm. 2, 1988, p. 403.

DELGADO ECHEVERRIA, J. y PARRA LUCÁN, M^a A., Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica, Dykinson, Madrid, 2005, p. 52.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., Sistema de Derecho Civil, Vol. II, Tecnos, Madrid, 9^a edición.

FERNÁNDEZ BENAVIDES, M. Participaciones preferentes: aproximación al problema y primeras respuestas de la jurisprudencia civil, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, núm. 4/2012, 2012, p. 46.

LACRUZ BERDEJO J.L., et al., *Elementos de Derecho Civil*, T. II Derecho de Obligaciones, vol. I, 5ª ed., revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2011, p. 358.

LÓPEZ ALONSO, L. y GUILLÉN MONGE, P., *Actualidad Civil*, Nº 4, Sección Derecho de los contratos, ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 3

MULA GARRIDO, I., *El contrato de swap de tipo de interés*, Madrid, 2017, p.36

RODRÍGUEZ-ROSADO, B., *Cinco años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre contratos swap*, Aranzadi, 2018, p. 19.

VALPUESTA FERNÁNDEZ R., “Comentario al artículo 1266 del Código Civil”, *Código Civil comentado*, vol. III, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2016, p. 625.

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 Transnacional*, Vol. 8, 2016, pp. 299.

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 Transnacional*, Vol. 8, Nº1, 2016, pp. 271-299.

ZUNZUNEGUI, F. Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos, Madrid, *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 2013, pp. 1-12.

8.4 RECURSOS DE INTERNET

Banco de España, Informe sobre la crisis financiera y bancaria, 2008-2014, 2017, (disponible en https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/OtrasPublicaciones/Fich/InformeCrisis_Completo_web.pdf; última consulta: 19/03/2020).

“Los bancos españoles suman 400 sentencias en su contra por la comercialización de swaps”, *Asufin*, 10 de noviembre de 2011 (disponible en <https://www.asufin.com/2011/11/los-bancos-espanoles-suman-400-sentencias-en-su-contra-por-la-comercializacion-de-swaps/>; última visita: 19/03/2020)