



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

El Error-vicio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Presentado por:

Victoria Montero Barrientos

Tutelado por:

Cristina Guilarte Martín-Calero

Valladolid, xx de xxxxx de 2021

ÍNDICE

0. RESUMEN Y ABSTRAT

1. INTRODUCCIÓN. LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN GENERAL.

1.1. FORMACIÓN DEL CONTRATO.

1.1.1. Consentimiento para obligarse

1.1.2. Objeto en materia del contrato

1.1.3. Causa de la obligación

1.2. TIPOS DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN EL CÓDIGO CIVIL.

1.2.1. Error

1.2.2. Dolo

1.2.3. Violencia

1.2.4. Intimidación

2. EL ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO.

2.1. EL ERROR EN EL CÓDIGO CIVIL.

2.1.1. Distintos tipos de error

2.1.1.1. *Error obstativo y error motivo*

2.2. REQUISITOS PARA LA APRECIACIÓN DEL ERROR-VICIO.

2.3. NULIDAD Y ANULABILIDAD ERROR-VICIO

2.4. LA CONFIRMACIÓN

3. CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ERROR-VICIO EN EL TRIBUNAL SUPREMO.

3.1. INSTRUMENTOS FINANCIEROS COMPLEJOS Y OTROS CONTRATOS BANCARIOS.

3.1.1. Normativa española

3.1.2. Normativa europea

3.1.3. Información precontractual

- 3.1.4. Clientes minoristas y profesionales
- 3.1.5. Test de conveniencia e idoneidad
- 3.1.6. Excusabilidad
- 3.1.7. El dies a quo

3.2. EL ERROR-VICIO Y SU RELACIÓN CON OTRAS VÍAS DE IMPUGNACIÓN DE LOS CONTRATOS.

- 3.2.1. Cláusula abusiva
- 3.2.2. Incumplimiento de los deberes contractuales

4. CONCLUSIONES.

5. BIBLIOGRAFÍA

6. ANEXO I

- 6.1. INDICE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
- 6.2. INDICE JURISPRUDENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL
- 6.3. INDICE JURISPRUDENCIA TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

RESUMEN

El trabajo desarrollado a continuación trata sobre el error-vicio del consentimiento en los contratos, su regulación y el tratamiento que de este hace la jurisprudencia.

La jurisprudencia que nos vamos a encontrar en el trabajo va sobre todo enfocada a los contratos bancarios por ser el tema de más actualidad y que mayor número de sentencias y doctrina tiene.

El Tribunal Supremo ha tenido una función clave en el error-vicio del consentimiento ya que debido a la nueva aparición de contratos y la escasa regulación en nuestro Código Civil ha tenido que profundizar en diversos conceptos muy importantes para el tema que nos atañe.

Palabras clave: error, vicio, consentimiento y contrato.

ABSTRACT

The following work deals with the error of consent in contracts, its regulation and the doctrine and jurisprudence's opinion on the matter

The jurisprudence that we will find in this paper is mainly focused on banking contracts, as this is the most current issue and the one with the largest number of judgments and doctrine.

The Supreme Court has played a key role in the error of consent as, due to the new appearance of contracts and the scarce regulation in our Civil Code, it has had to delve deeper into various concepts that are very important for the subject that concerns us.

Key words: error, consent, vitiate consent and contract

1. INTRODUCCIÓN. LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN GENERAL.

Para poder conceptualizar los vicios del consentimiento hay que ver su evolución a lo largo de las distintas épocas. Este concepto comienza en el Derecho Romano, más concretamente en la época justiniana en la que surge la máxima “erratis nulla voluntas est” (no existe voluntad en quien yerra).

Más tarde durante el Medievo, esto cambia y se promueve una doctrina del error en la que no se tomaba en consideración el consenso de ambas partes como había pasado anteriormente, sino que ponían el acento en la voluntad individual. En esta época, hay que tener en cuenta que, la concepción aristotélica basada en el pleno conocimiento para la elección racional es sustituida por una doctrina teológica que gira en torno a la no transgresión de los mandatos de Dios, según la cual si se yerra sobre las circunstancias que motivan el acto no es posible expresar la voluntad libremente y por tanto no será imputable al sujeto que cometió tal error.

Los glosadores durante esta época dividirán el error en 3 tipos:

- Error in corpore
- Error in materia
- Error in substantiali qualitate

Tras esto, Tomás de Aquino también hizo su aportación al ver la necesidad de distinguir entre la ignorancia y la voluntad. Este autor distingue tres tipos de ignorancia:

- Concomitante: aquella que, aunque saliera de su error, no cambiaría su decisión.
- Consiguiente o afectada: la ignorancia que el autor voluntariamente quiere tener, porque podría haber salido de su error, pero no quiso hacerlo, es decir, se produce por negligencia.
- Antecedente: es la ignorancia en la que prestando debida atención no se pudo salir del error y de haberlo sabido, cambiaría su decisión.

Para Tomás de Aquino solo este último es el verdadero error, de forma que, si una de las voluntades involucradas en un contrato se ve viciada por este tipo de ignorancia antecedente que provoca error, el negocio será nulo.

Bajo este influjo, la Segunda Escolástica introdujo dos condiciones para que se diera el error, que fuera causal e imputable.

En el Allgemeine Landrecht de Prusia se utiliza por primera vez en un Código Civil el concepto de “declaración de voluntad” para que llegue a formarse un contrato. Esta declaración externalizada se debe realizar con la diligencia de un destinatario común, prudente e informado.

En este ámbito Savigny aprecia una verdadera separación entre la voluntad y la declaración, de forma que un sujeto podría crear una falsa apariencia de la realidad manifestando una declaración sin voluntad. En contra de la opinión sostenida por la doctrina del derecho natural como por la de derecho común, él entiende que en el caso del error en la declaración no importa la culpa. Si voluntad y declaración no coinciden, la declaración de voluntad es en todo caso nula según Savigny, y por ser nula tampoco puede existir en su opinión ninguna obligación de indemnizar daños y perjuicios¹

A finales del siglo XIX nos encontramos con la controversia entre las teorías voluntaristas y declaracionistas. Los primeros, es decir, los voluntaristas, sostenían que una declaración sin voluntad era nula, ya que, lo único verdaderamente importante era esta voluntad; sin embargo, por su parte los declaracionistas consideraban que la declaración errónea debía ser válida para poder proteger la buena fe ya que creaba una falsa apariencia de la realidad.

Por último, en el Derecho moderno, se supera esta discusión llegando a la conclusión de que la voluntad no declarada que permanece en la mente del sujeto y que no la declara dando lugar a una manifestación falsa de la realidad es una conducta dolosa y por tanto inadmisibles según el principio de la buena fe. Esto se puede ver en el derecho alemán, italiano y francés; este último además introduce el concepto de la culpa, en el sentido de que si quien hizo esta falsa declaración estaba siendo engañado o amenazado para realizarlo o fue por propia iniciativa y voluntad.

¹ Lucía Neme Villarreal, Martha. “El error como vicio del consentimiento frente a la protección de la confianza en la celebración del contrato” *Revista de Derecho Privado*. N°. 22, 2012, págs. 188-189

Todo esto ha sido el precedente de nuestra actual visión de los vicios del consentimiento en la que se distinguen dos tipos:

- Los vicios en la formación de la voluntad, que serán el error y el dolo
- Los vicios en la declaración manifestada, que serán la violencia e intimidación

Esta visión y su tratamiento por la jurisprudencia del Tribunal Supremo es lo que vamos a analizar más a fondo en este trabajo, sobre todo centrando la visión en uno de estos tipos de vicios del consentimiento, el error.

Pero para llegar a este punto en el que nos encontramos previamente debe de haber dos partes que celebren un contrato, entonces cabe preguntarse ¿Cuál son los pasos que se deben seguir para la formación del contrato?

1.1. FORMACIÓN DEL CONTRATO.

Para que se forme un contrato según el art 1254 del Código Civil únicamente es necesario que “dos o más personas consientan en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”.

Pero una vez que tenemos a dos o más personas dispuestas a obligarse, ¿qué elementos debe tener el contrato? Pues bien, la respuesta a esta pregunta la encontramos en el art. 1261 CC y nos da tres elementos esenciales para la formación del contrato:

- Consentimiento de los contratantes
- Objeto cierto que sea materia del contrato
- Causa de la obligación que se establezca

1.1.1. Consentimiento para obligarse.

El consentimiento es la declaración de voluntad dada por el sujeto para obligarse. El contrato se formará cuando ambos consentimientos concurren.

Para que el consentimiento se pueda otorgar es imprescindible que el sujeto que lo manifiesta tenga capacidad de obrar.

Es importante precisar que el consentimiento solo tendrá efectos jurídicos una vez que es exteriorizado (ya sea de manera expresa o tácita) y que esa manifestación de voluntad es coincidente con la voluntad interna del sujeto. Si esta intención y lo manifestado no coincide, debe prevalecer la intención de los contratantes (art 1281 CC).

En el caso de que los dos sujetos no se encuentren en el mismo lugar el Código Civil también nos dice que “hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe” (art. 1262 CC).

Por tanto, podemos distinguir varios elementos que se tienen que dar para que surja ese consentimiento:

- Que haya una pluralidad de partes
- Que tengan capacidad suficiente para obligarse
- Que la voluntad que manifiesten sea libre
- Que se manifieste o exteriorice esa voluntad
- Que concurren las voluntades de ambas partes
- Que sea coincidente la voluntad interna con la exteriorizada por el sujeto

1.1.2. Objeto materia del contrato

Se trata de los bienes o servicios por los que ambas partes se obligan en ese contrato.

Nuestro Código Civil en su articulado nos da una serie de requisitos:

- Debe de ser posible, dicho de otra forma, tiene que estar en el comercio de los hombres.
- Debe de ser lícito, no puede ser contrario a la ley o a las buenas costumbres
- Debe de ser determinado, al menos en su especie, en cuanto a la cantidad puede ser indeterminada si se puede determinar sin recurrir a la realización de otro contrato

1.1.3. Causa de la obligación

En un sentido objetivo podemos decir que la causa es la función económico-social del contrato, es decir, la razón práctica por la que las partes han celebrado ese negocio jurídico.

Aunque no esté expresamente en el contrato esta se presupone que existe y que es lícita, esto es una presunción iuris tantum ya que en el art.1277 CC da la posibilidad al deudor de demostrar lo contrario. Si consigue realizar esta demostración el contrato será nulo y producirá efectos ex tunc.

En el caso de que esta causa no existiese o fuera ilícita el contrato no producirá efecto alguno.

1.2. TIPOS DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN EL CÓDIGO CIVIL.

Según nuestro Código Civil art. 1265 hay cuatro tipos de vicios del consentimiento:

1.2.1. Error.

Según la definición que nos proporciona Díez-Picazo podemos decir que el error es una falsa representación mental de la realidad que vicia el proceso formativo del querer interno, y que opera como presupuesto para la realización del negocio: o no se hubiera querido de haberse conocido exactamente la realidad, o se hubiera querido de otra manera. Éste es el llamado tradicionalmente error-vicio o error propio².

Es decir, que existe una disonancia entre lo que un sujeto piensa que es la realidad sobre un hecho y lo que realmente es. Esto es lo que provoca la anulabilidad del contrato por viciar el consentimiento.

1.2.2. Dolo

Se trata de la conducta realizada por un sujeto para engañar a otro provocando así que la declaración manifestada para prestar consentimiento sea diferente a la que hubiera manifestado de no haber sido engañado. En este sentido Manuel Albaladejo indica que la

² Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio: "Sistema de Derecho Civil". Editorial Tecnos. Décima edición. Madrid, Reimpresión, 2015, Volumen II, tomo 1. P. 46.

conducta dolosa provoca un error en el otro contratante, para efecto de obtener una declaración de voluntad que sin él no se hubiese logrado³.

Podemos ver este vicio del consentimiento en el art 1269 del Código Civil en el que se dice textualmente que “hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”.

En este punto podríamos pensar que el dolo únicamente está presente en los actos positivos y no en las omisiones, sin embargo, esto no es así ya que la doctrina considera que el principio de buena fe impone el deber de informar sobre la veracidad de las circunstancias que a la otra parte se sabe o debería saberse que va a influir en la prestación del consentimiento.

Siguiendo con el Código Civil, en el siguiente artículo, es decir, el 1270.1 nos da unos requisitos para que este vicio del consentimiento llegue a producir la nulidad de los contratos, expresamente dice “para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes”.

Como podemos ver el primero de los requisitos que se nos dice es que debe de ser grave, es decir, que debe tener la suficiente envergadura para que lleve al otro sujeto a producir una prestación del consentimiento que de otra forma no se hubiera dado. Y por otro lado nos precisa que solo debe de haber sido empleado por una de las partes para que el contrato pueda ser impugnado.

¿Y si ha sido empleado el dolo por un tercero que no es parte en el contrato? En este caso no es impugnable la conducta dolosa, aunque si habrá lugar a una indemnización, a no ser que una de las partes supiera del engaño realizado por el tercero y omitiese esto a la otra parte, ya que aquí estaríamos ante una omisión dolosa y por tanto si cabría que la parte engañada impugnase el contrato celebrado.

1.2.3. Violencia

El Código Civil en el art. 1267 nos dice que habrá violencia cuando se emplee “una fuerza irresistible” para conseguir un consentimiento.

³ Albaladejo, Manuel: Ob. Cit. P. 420.

Es decir, se trata de una fuerza externa sobre el cuerpo del actor que impide u obliga ciertos movimientos no pudiendo este actuar de otra forma.

En este punto se plantean dudas sobre si es un vicio del consentimiento o simplemente es que la voluntad, no existe.

1.2.4. Intimidación

En el mismo art. 1267 del Código Civil viene reflejado lo que se denomina intimidación “hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes”.

Según Manuel Albaladejo la intimidación se da cuando un sujeto amenaza injustamente a otro, quien intimidado por el mal que sufrirá si no consiente, declara su voluntad en el sentido deseado por el que amenaza. Se dice que existe una voluntad, pero ésta está coaccionada, la intimidación es determinante, ya que, si bien se contrata en conciencia, no se es absolutamente libre para realizarlo⁴.

Leyendo el Código Civil se discierne que los factores que intervienen en este vicio del consentimiento son:

- Un temor racional y fundado: aquí entra no solo el mal que lógicamente va a suceder si no presta su consentimiento, sino el que, teniendo en cuenta las circunstancias, se podría dar.
- Mal inminente y grave: el mal que sufriría de no consentir tiene que ser de cierta entidad y debe ser más perjudicial para el sujeto que las consecuencias de prestar ese consentimiento. Además de esto debe ser próximo a la prestación del consentimiento.

El Código Civil además nos da dos elementos subjetivos a tener en cuenta “debe atenderse a la edad y a la condición de la persona”, es decir, nos da unas pautas a seguir para poder entender mejor la mente del sujeto (ya que no es lo mismo tener 5 años que tener 50) y lo

⁴ Albaladejo, Manuel: Ob. Cit. P. 414.

que para él puede ser un mal grave o racional (no será un mal grave para una persona que tiene millones de euros que le quiten 10.000€ a que lo hagan siendo los ahorros de su vida).

Por último, nos aclara el Código Civil un caso en el que no se apreciará vicio del consentimiento por intimidación “el temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato”.

2. EL ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO.

2.1. EL ERROR EN EL CÓDIGO CIVIL.

Antes de comenzar a analizar la regulación contemplada en nuestro Código Civil para el error-vicio del consentimiento es importante aclarar que recientemente se ha introducido una reforma de este por la Ley 8/2021 de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Esta reforma tiene por objeto propiciar el cambio de un sistema en el que predomina la sustitución de las personas con discapacidad en la toma de decisiones por otro basado en el respeto a su voluntad y preferencias y en la promoción de su autonomía.

Esta nueva reforma ya está publicada en el BOE desde el día 3 de junio, pero no entra en vigor hasta el 3 de septiembre de 2021, sin embargo, voy a sustentar el trabajo en los artículos ajustados ya a esta nueva regulación ya que no tiene sentido un trabajo que solo pueda durar en el tiempo unos pocos meses.

A pesar de esto, este trabajo como su nombre indica es sustentando casi todo en jurisprudencia por lo que esto no afectará en demasía al resultado del trabajo.

Tras esta pequeña aclaración prosigamos al estudio de la regulación del error-vicio del consentimiento en el Código Civil.

Nuestro Código Civil contempla en el art. 1266 el error como vicio del consentimiento distinguiendo tres tipos de error:

- Error in sustancia, el Código Civil lo considera como el error principal al decir “para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”.
- Sin embargo, vemos que se pone un remate final a la frase anterior que enlaza con el siguiente tipo de error siempre que hubiera sido un “motivo principal” para celebrar dicho contrato.
- Error in persona, “el error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo”.
 - Error in quantitate, en este caso nos dice el Código que no va a anular el contrato, sino que, simplemente, se corregirá la cantidad.

A mayores de esta clasificación realizada por nuestro Código Civil, podemos ver en la doctrina otras clasificaciones para el error que vamos a analizar.

2.1.1. Distintos tipos de error según la doctrina

Se distinguen varias clasificaciones de errores:

2.1.1.1. Error obstativo y error motivo

- Error obstativo

Esta clase de error es definida por la jurisprudencia en la STS de 11 de diciembre de 2007 como aquella situación del consentimiento en la que se produce una discrepancia inconsciente entre la declaración manifestada y la voluntad real que tiene el sujeto.

Los distintos efectos jurídicos que conlleva con respecto a error vicio de la voluntad, lo podemos ver en la jurisprudencia *“la distinción entre el error-vicio de la voluntad que determina la anulabilidad de los contratos y el error obstativo que determina que el negocio sea inexistente por falta de uno de sus elementos esenciales”* (ATS 79/2018 de 11 de marzo de 2020).

Podemos distinguir dentro de este error:

- Error in negotio: se trata del error que afecta al tipo contractual que se quiere realizar.
- Error in corpore: esta clase de error afecta al objeto contractual
- Error in persona: se trata del error en la persona que realizará el contrato como la contraparte. Este tipo de error, a diferencia de los anteriores constituye una excepción al error obstativo, porque pese a estar incluido en este apartado, según el art. 1262 no impide la formación del consentimiento y, por tanto, no produce disenso, puesto que el acuerdo recae sobre la causa y objeto.

Este error hace anulable el contrato cuando la consideración de la persona del otro contratante, o de sus cualidades, hubiera sido determinante para celebrarlo.

- Error motivo

Esta clase de error es definida por nuestra jurisprudencia en la STS de 21 de mayo de 1997 como “*vicio de la voluntad que da lugar a la formación de la misma sobre la base de una creencia inexacta*”

Puede dividirse a su vez en dos tipos:

- Error de hecho

Cuando se tiene un falso conocimiento sobre las circunstancias del objeto del contrato, entendido esto como en general las prestaciones convenidas.

Aquí se incluye, siempre que fuera una condición esencial para la celebración de dicho contrato; el error in substantia, el error in qualitate, el error in quantitate y el error in pretio.

Según la STS de 21 de junio de 1978 “*no origina efecto alguno el error que afecta meramente a los motivos o razones personales que promovieron a contratar*” tampoco afectará al contrato el simple error de cálculo según la STS 133/1978 de 29 de diciembre de 1978.

- Error de derecho

Se puede tratar tanto de la ignorancia como del erróneo conocimiento sobre precepto aplicable al contrato. Este desconocimiento debe de ser suficientemente relevante de forma que si el sujeto lo hubiera conocido no hubiera celebrado dicho negocio jurídico.

2.2. REQUISITOS PARA LA APRECIACIÓN DEL ERROR-VICIO

Los requisitos que se exigen son dos, excusabilidad y esencialidad.

La STS 4440/2014 de fecha 12 de noviembre de 2014 hace una síntesis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre estos presupuestos muy clarificadora diciendo textualmente:

- Presupuesto de excusabilidad: “*La sentencia núm 1279/2006, de 11 de diciembre, seguida por la núm 695/2010, de 12 de noviembre, sostiene que para que pueda operar el efecto invalidante del contrato es preciso, además, que el error no sea imputable al interesado,*

en el sentido de causado por él -o personas de su círculo jurídico- y que sea excusable, 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 (art. 7.1 y 1258 del Código Civil) a efectos de impedir que se proteja quien no merece dicha protección por su conducta negligente (SSTS, 1ª, de julio de 2002; 24 de enero de 2003; 12 de noviembre y 12 de diciembre de 2004; 17 de febrero de 2005; y 17 de julio de 2006).”

Es decir, que para que se dé el error vicio una persona tiene que actuado de buena fe y haber tenido una diligencia media o como el Código Civil suele referirse a ello “la diligencia de un buen padre de familia”.

- Presupuesto de esencialidad: *“exige que concurra sobre la sustancia de la cosa o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”*

En este caso vemos como la jurisprudencia acude al Código Civil, ya que para explicar el presupuesto de esencialidad básicamente se cita el artículo 1266.

2.3. NULIDAD O ANULABILIDAD POR ERROR-VICIO

Vamos a comenzar definiendo que entendemos por nulidad. Este concepto viene determinado en el Código Civil en el art. 1261 “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes, 2º Objeto cierto que sea materia del contrato, 3º Causa de la obligación que se establezca.”

Teniendo presente esto, los contratos nulos son aquellos que desde el comienzo adolecen de algún tipo de vicio, por tanto, aunque celebres un contrato así este desde el comienzo no tendrá ninguna validez jurídica.

Este tipo de contratos podrían ser por ejemplo los que no respetan los tres requisitos que deben de tener todos los negocios jurídicos, es decir, que al firmar el contrato uno de los contratantes no tuviera capacidad suficiente para obligarse, por ejemplo.

Distinto de la nulidad es la anulabilidad, en este caso son negocios jurídicos que no vienen viciados desde un primer momento, sino que existe un procedimiento judicial para anular dichos actos.

La anulabilidad viene regulada en el art 1300 de nuestro Código Civil que nos dice expresamente “Los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley.”

En caso de que un contrato se anule, se deben deshacer los actos llevados a cabo por el contrato. El art. 1303 CC dice que “declarada la nulidad de la obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”.

Tras esto nuestro Código Civil va relatando distintas situaciones que pueden darse una vez llevado a cabo el proceso de anulación de un contrato:

- En caso de que sea un incapaz: art. 1304 “Cuando la nulidad proceda de la minoría de edad, el contratante menor no estará obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida”
- En el caso de que sea una causa u objeto ilícito art. 1305 “si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta”. Y prosigue este artículo con un segundo párrafo en el que se nos indica el caso en el que solo uno de los contratantes fuera el que es constitutivo de delito “Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes; pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido”.
- Si no es delito, pero es una causa torpe se seguirán según el art. 1306 las siguientes reglas: “1.^a Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido. 2.^a Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido”.

Tras estas indicaciones en casos especiales, hay que recordar que como bien hemos dicho antes una vez declarado nulo el contrato se deben devolver las cosas entregadas. Teniendo en cuenta esto el Código Civil continua con una serie de supuestos en los que no se pueda restituir las prestaciones:

- Art. 1307 “Siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha” Es decir, lo que nos intenta decir es que se restituirán de forma equivalente ateniéndonos al valor de la prestación en caso de pérdida de esta.
- Art. 1308 “Mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba” En este caso no se puede exigir a que la contraparte cumpla con lo que tú como parte del negocio jurídico no has cumplido.

2.4. LA CONFIRMACIÓN DEL CONTRATO

La confirmación del contrato viene señalada en nuestro Código Civil en el art. 1309 “La acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente”.

Esta acción de confirmación podríamos decir que depura los vicios de los que adolecía el contrato (art. 1312 CC) y por el que podría llevarse a cabo una acción de anulabilidad.

Pero no todos los contratos pueden soportar este tipo de confirmación “Sólo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1.261”. Es decir, que deben tener unos requisitos mínimos dichos contratos para poder ser confirmados” (art. 1310 CC)

Esta acción puede hacerse de forma expresa o tácita. Nos dice el art. 1311 CC “hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo”.

La confirmación no necesita de la parte contratante a la que no le corresponde el ejercicio de la acción de anulabilidad (referido al art. 1312 CC)

Al final de toda esta regulación, como broche finalidad a la nulidad por vicios en el contrato, nos encontramos con el art. 1314 CC que nos viene a decir que si quien tiene la posibilidad de ejercitar la acción de anulabilidad pierde la cosa objeto del contrato, da igual si es por culpa o dolo, perderá también la posibilidad de ejercitar dicha acción quedando por tanto confirmado el contrato.

3. CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ERROR-VICIO EN EL TRIBUNAL SUPREMO.

3.1. INSTRUMENTOS FINANCIEROS COMPLEJOS Y OTROS CONTRATOS BANCARIOS.

Cuando nos ponemos a analizar el error vicio del consentimiento en la jurisprudencia del TS nos damos cuenta de que la mayoría de las sentencias sobre este tema de unos años atrás hasta la actualidad son sobre productos financieros complejos.

En la mayoría de los casos los contratos bancarios de este tipo de productos no se cuestionaron antes de la crisis económica debido a que los clientes obtenían beneficios y nadie se paraba a preguntarse el porqué de dichas ganancias. Sin embargo, cuando el periodo de crisis comenzó y empezaron a ver pérdidas, fue cuando surgieron este tipo de cuestiones.

Es cierto que para una persona de conocimiento medio y con una diligencia, como diría nuestro Código Civil, de un buen padre de familia es una tarea casi imposible saber el significado real de los contratos que se están firmado tales como swaps, preferentes, multidivisas, bonos estructurados clausulas suelos en préstamos hipotecarios...

3.1.1. Normativa española

En cuanto a la normativa española que es de aplicación en estos casos hay que tener en cuenta varias leyes: Ley del Mercado de valores, Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios y Código Civil.

Como anteriormente en este trabajo ya se dio una clara y exhaustiva explicación de los artículos del Código Civil que regulan el error vicio del consentimiento, para no sonar repetitiva, me remito allí en este punto.

Por otro lado, también hay que tener en cuenta la reforma de la Ley del Mercado de valores en medio de toda la jurisprudencia que iba surgiendo ya que hubo que adecuarla a la normativa europea de la que después nos ocuparemos. A pesar de esta

transposición, nuestra Ley del Mercado de Valores ya anteriormente tenía regulación al respecto en el mismo sentido que la normativa europea. Lo podemos ver no solo en el articulado anterior a la trasposición sino que además la jurisprudencia nos lo dice en múltiples sentencias entre ellas la Sentencia del Tribunal Supremo 3386/2019 de 22 de octubre de 2019 *“La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, [...], otorga una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume [...], y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos [...]. 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 (por todas, sentencias de esta sala 742/2015, de 18 de diciembre, 669/2016, de 14 de noviembre y 7/2017, de 12 de enero).*

Nuestra anterior Ley del Mercado de Valores en su art. 79 y siguientes, como bien dice la sentencia anteriormente citada, nos da una visión de las obligaciones de las entidades bancarias a la hora de comercializar este tipo de productos.

En su punto 1 nos dice *“Las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes”* por tanto, está claro, que deben de ser transparentes a la hora de prestar este tipo de productos financieros complejos y no utilizar clausulado complejo en los contratos que los clientes no llegan a entender. En relación con esto en el 79 bis nos dice que se debe de informar previamente a la firma del contrato y durante la vigencia del mismo de la evolución de dicho producto. Toda la información dada por estas entidades debe de ser *“imparcial, clara y no engañosa”*⁵ y sigue esta LMV especificando que incluso la dada en forma de publicidad del producto, debiendo advertirse de los riesgos asociados, sobre todo si se trata de un *“producto no adecuado para inversores no profesionales debido a su complejidad”*.

Como resumen de todo lo dicho sobre la información, los clientes deben de poder tomar decisiones sobre los productos que contrata con *“conocimiento de causa”*⁶.

Además las entidades bancarias que vayan a ofertar un producto financiero deben de tener previamente la información necesaria sobre los clientes para poder saber si se

⁵ Artículo 79.2 bis de la Ley de Mercado de Valores

⁶ Artículo 79.3 bis de la Ley del Mercado de Valores

trata de un producto adecuado para ellos, en particular si prestan un “*servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; y sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan*”⁷

Pero ¿qué pasa si el cliente se niega a dar esa información? En este caso la entidad debe de advertirle que si no da esa información no van a poderle asesorar como deberían y hacerle las recomendaciones debidamente sobre los productos financieros que más se adapten a él. Si aun así el cliente decide realizar el contrato, junto con la firma del cliente este de forma manuscrita debe especificar que ha sido advertido de lo anteriormente dicho.

Por último, se nos da, en la Ley del Mercado de Valores, unas pautas para poder determinar si estamos ante productos que se consideran complejos y otra que se consideran no complejos.

Para proseguir nuestro estudio de la normativa española vamos a pasar a analizar el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios (a partir de ahora nos referiremos a esta ley como TRLGDCU). En esta Ley, para mayor redundancia en lo mismo, en su art. 60 nos dice “*antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato y oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas*”, es decir, que nos remarca de nuevo la obligación de informar al cliente para que este se forme una idea real de las consecuencias que puede tener el contrato que vaya a firmar. Y no siendo suficiente todavía con esto nos da toda una lista sobre los apartados que en particular tienen mayor relevancia incluyendo en estos por ejemplo las condiciones de resolución del contrato.

⁷ Artículo 79.6 bis Ley del Mercado de Valores

En cuanto a la información precontractual que se omite por las entidades bancarias a la hora de comercializar u ofrecer un producto financiero a sus clientes debe de hacerse siguiendo la buena fe, en caso de no realizarlo repercutirá en “*beneficio del consumidor*”⁸

Como ya vamos viendo un contrato bancario que no acate esta legislación podría ser impugnado ante los tribunales por error-vicio del consentimiento debido a la falta de información que se le da al cliente y que por tanto estos no pueden hacerse una representación veraz de las consecuencias jurídicas y económicas que tiene o puede llegar a tener dicho contrato. Sin embargo, por otro lado, también se puede demandar por ser un contrato que incluye cláusulas abusivas al consumidor, y en este caso impugnar dichas cláusulas para que se declare su nulidad de pleno derecho. Debido a que lo que más nos interesa en este trabajo es el error-vicio vamos a centrarnos en esto, pero sin perder la perspectiva de lo que engloba.

3.1.2. Normativa europea

En la Unión Europea se caracteriza por la entrada en vigor de MIFID ⁹ cuyo objetivo era que hubiera una mayor armonización en la protección al consumidor, pero en 2007-2008 se comenzaron a ver ciertas carencias en esta regulación por lo que se promulgó la Directiva 2014/65/UE42, es decir, la MIFIDII y su respectivo reglamento el MIFIR. Ambas son las que actualmente regulan el mercado financiero cuyo objetivo igual que la primera directiva la MIFID tienen como objetivo que haya transparencia en el mercado y que por tanto los consumidores estén más protegidos.

Tras la trasposición a nuestra normativa podemos verlo en la LMV en su Título VII “*normas de conducta*” Capítulo I “*Normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión*”. En este apartado dividido en secciones nos van a hablar de los deberes de información, la clasificación de los clientes, test de idoneidad o conveniencia y demás requisitos que deben de tener en cuenta las entidades bancarias a la hora de ofrecer ciertos productos financieros.

⁸ Artículo 65 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios

⁹ Las siglas MiFID hacen referencia al nombre de la directiva: “Markets in Financial Instruments Directive” (Directiva de Mercados de Instrumentos Financieros)

No vamos a extendernos más en esto ya que vamos a ir desglosando cada uno de estos puntos viendo la jurisprudencia y cómo se comporta frente a cada uno de los requisitos de conducta que se exigen a las entidades bancarias.

3.1.3. Información precontractual

Para poder el cliente realizar en su mente una imagen real del contrato que va a firmar, es necesario que le expliquen de forma clara y con suficiente antelación las consecuencias económicas y jurídicas que supone y va a suponer en un futuro ese documento firmado.

Vamos a ver la jurisprudencia lo que determina en cuanto a la información que se debe de dar previamente al consumidor o cliente:

En el Auto del Tribunal Supremo 4992/ 2021 de 21 de abril de 2021 con mención a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 44 dictamina en este sentido *“que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información”*.

En caso de que se realice una subrogación también se debe de informar previamente al cliente, según la Sentencia del Tribunal Supremo 1456/2021 de 20 de abril de 2021 *“no exime a la entidad bancaria, que presta su consentimiento a dicha subrogación, de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario”*.

Por otro lado, hablado de contratos que incluyen multidiógrafos según nuestro Tribunal Supremo no vale con que el cliente conozca tales divisas sino que se pide *“la información precontractual necesaria para que los prestatarios conocieran adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a las cláusulas relativas a la divisa en que estaba denominado el préstamo, porque la que se les facilitó no explicaba adecuadamente en qué consistía el riesgo de cambio del préstamo hipotecario en divisas. No basta [...] con considerar que quien solicita un préstamo de esta naturaleza conoce que*

las divisas fluctúan. Porque junto a ello, lo relevante es que los prestatarios fueran debidamente informados del riesgo principal de este tipo de préstamos”¹⁰.

También se debe tener presente este deber de informar en el caso de los documentos que tras el boom de sentencias anulando la cláusula suelo, las entidades bancarias hacían llegar a sus clientes para modificar esa cláusula del contrato en este sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo en la sentencia 1458/2021 de 19 de abril de 2021 en su fundamento quinto *“la información precontractual facilitada, en el documento que hizo llegar al prestatario con antelación a la firma del acuerdo, solo se contenía información sobre la oferta de diversas alternativas para la modificación del interés remuneratorio del préstamo hipotecario que la entidad financiera hacía al consumidor” debido a la problemática surgida con las cláusulas suelo[...]”*. Pero en ningún momento le informó de que una de las contrapartidas a la modificación [...] consistía en la renuncia del prestatario a las acciones relativas al carácter abusivo de la cláusula suelo”. Pero no solo determina como dice la sentencia el carácter abusivo, sino que podemos ver que al no haber esta información también conduce a error-vicio en el consentimiento que está prestando el cliente.

En la Sentencia de Tribunal Supremo 861/2021 de 8 de marzo de 2021 se ve más claro que afecta al consentimiento como error vicio, esta nos dice que la *“ausencia de información precontractual, la omisión de los posibles escenarios y la confusa redacción del contrato que hacía referencia a “mitigar el riesgo” y “reducción del riesgo de variación de su tipo de interés de referencia”, términos nada compatibles con la naturaleza eminentemente aleatoria del las permutas financieras”* y en su coletilla final esta sentencia nos dice expresamente que esto provocó *“el error padecido por los contratantes”*.

Pero no solo se debe de dar una información previa, sino que esta información debe de ser clara y la entidad se debe de asegurar que realmente lo ha comprendido *“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”* (Sentencia del Tribunal Supremo 3128/2019 de 10 de octubre de 2019 con cita de la Sentencia 149/2017 del 2 de marzo de 2017)

Además de ser claro y darlo con antelación a la firma del contrato, la información suministrada al cliente debe de ser suficiente, este término es algo muy empleado por

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 1477/2021 de 20 de abril de 2021

la jurisprudencia dado que muchas veces las entidades alegan que les dieron publicidad o trípticos que por supuesto no contienen los riesgos asociados o las condiciones de resolución de un contrato *“El mero hecho de entregar un tríptico resumen del producto en el que se haga referencia a la fecha de valoración de las acciones no basta por sí mismo para dar por cumplida esta obligación de informar sobre el riesgo de pérdidas”* (Sentencia del Tribunal Supremo 1076/2021 de 16 de marzo de 2021).

No será tampoco válido según la sentencia del Tribunal Supremo 2794/2017 de 6 de julio de 2017 *“Tampoco sirve de excusa la inclusión de una cláusula según la cual la cliente manifestaba conocer y aceptar los riesgos inherentes o que pudieran derivarse del producto contratado, ya que la jurisprudencia viene considerándola como una fórmula predispuesta por el profesional, vacía de contenido al resultar contradicha por los hechos (en tal sentido, por ejemplo, sentencias 179/2017, de 13 de marzo, 223/2017, de 5 de abril, y 244/2017, de 20 de abril).*

En resumen, se puede decir que *“el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante”* (STS 1337/2017 de 5 de abril de 2017)

Por último, en este apartado vamos a ver la Sentencia del Tribunal Supremo 3386/2019 de 22 de octubre de 2019 en el punto cuatro de su Fundamento de Derecho tercero que denominan *“Consideraciones generales sobre el error vicio del consentimiento”*. En ella se da una explicación muy clara de todo lo hablado, tanto de la normativa como del error vicio por falta de esta información.

En el comienzo de su explicación deja claro que en estos productos financieros complejos hay un especial deber de informar *“(D)icho de otro modo, en la contratación de estos contratos financieros con inversores minoristas o no profesionales, con independencia de cómo se denomine el contrato y de si van ligados a una previa operación financiera [...] o son meramente especulativos, regían los deberes de información de la normativa pre MiFID”* (entre las primeras, sentencias 559/2015, de 27 de octubre y 694/2016, de 24 de noviembre, seguidas después de muchas otras). Tras esta contundente afirmación sobre los deberes de las entidades a informar pasa nuestro Tribunal a hablar sobre la normativa tanto actual como anterior a la incorporación de la legislación dada por la Unión Europea que como ya sabemos se la denomina MIFID *“La incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, la legislación recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas*

financieras. Cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limita a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, 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”

Actualmente las entidades tienen dos instrumentos que analizaremos después, los llamados test de conveniencia e idoneidad que analizan al cliente para saber si el producto que va a recomendar la entidad bancaria se adapta a ese cliente en concreto. La Sentencia prosigue así *“ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, [...], establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. A continuación, pasa el tribunal a analizar el RD 629/1993, en concreto el art. 5 del anexo ya que “regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes: “1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...]. 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos”.*

3.1.4. Cliente minorista o profesional

Una de las grandes diferenciaciones que hace la jurisprudencia cuando estamos ante un contrato de productos financieros complejos en los que se alega error en el consentimiento es ver si se trata de un cliente minorista o de una persona profesional. Esta clasificación no solo la realiza la jurisprudencia sino que viene determinada por la ley, ya que el grado de comprensión que puede tener sobre el producto financiero en concreto, no es el mismo en una persona que nunca invierte o que invierte en pequeña

escala y que nunca ha visto este tipo de productos financieros (como ocurre en la mayoría de los casos, uno de los que más se nos puede venir a la mente en este momento son las “preferentes” que vendían a personas mayores que no tenían ningún conocimiento de los riesgos y que la imagen que se estaban haciendo mentalmente del producto no se correspondía en absoluto con la realidad) a los profesionales que llevan tratando años con estos productos y saben las consecuencias económicas y jurídicas que pueden llegar a suponer.

Por tanto si se considera a un cliente como minorista la entidad debe darle una información suficiente para que llegue a entenderlo *“Lo que obligaba a la entidad financiera que los comercializaba a suministrar al inversor minorista una información especialmente cuidadosa, de manera que le quedara claro que, a pesar de que en un primer momento su aportación de dinero tenía similitud con un depósito remunerado a tipo fijo, a la postre implicaba la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, podía suponer la pérdida de la inversión [...]. Su calificación como cliente minorista obligaba a la entidad de servicios de inversión a suministrarle, con la antelación debida, una información completa y suficiente sobre los riesgos de los bonos litigiosos”* (Sentencia del Tribunal Supremo 1076/2021 de 16 de marzo de 2021).

La doctrina considera que un cliente minorista está en clara desventaja informativa sobre los productos financieros en comparación con una entidad bancaria que conoce cómo funcionan y más aún cuando estas entidades asesoran al cliente, así nos lo hace saber el Tribunal Supremo con la Sentencia 877/2021 de 10 de marzo de 2021 *“Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa cuando las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto”*.

Aunque si bien es cierto que puede que el cliente tenga conocimiento del producto financiero aunque la entidad no haya suministrado la información necesaria al cliente minorista, por asesores externos por ejemplo, pero al no tener pruebas de ello la jurisprudencia cree que lo más apropiado es hacer una presunción del desconocimiento

del cliente y por tanto del error vicio en el consentimiento al momento de la realización del contrato *“el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, 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 de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo y, más concretamente, en su carácter excusable, de acuerdo con lo declarado por esta sala en las citadas sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 769/2014, de 12 de enero de 2015”* (Sentencia del Tribunal Supremo 382/2021 de 9 de febrero de 2021).

Esta presunción se realiza en palabras del Tribunal Supremo en la Sentencia 4261/2020 del 11 de diciembre de 2020 con mención en las sentencias 769/2014 de 12 de enero de 2015, y 676/2015 de 30 de noviembre de 2015 *“es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas”*

Pero ¿qué tipo de conocimientos son los considerados como profesionales en este tipo de contratos? ¿Conocimientos económicos? *“no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, y “no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera”* (Sentencia del Tribunal Supremo 579/2016 de 30 de septiembre de 2016 con mención de la Sentencia del Tribunal Supremo 676/2015, de 30 de noviembre de 2015). Por tanto, el Tribunal nos resuelve esta duda poniendo de relieve que no solo debe de ser un conocimiento económico o empresarial general, sino que debe de haber un plus de conocimiento para que pueda ser considerado como cliente profesional, tiene que tener conocimientos en materia de banca o financieros que les permitan realmente tener conocimiento de las consecuencias de la contratación de este tipo de productos financieros complejos. Y esta misma sentencia sigue diciendo para más abundancia en este tema que *“Tampoco lo supone [la exclusión del error] el hecho de que el administrador realizara la contratación con la asistencia del contable de la empresa, licenciado en económicas. Hemos afirmado en la sentencia núm. 549/2015, de 22 de octubre de 2015, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la*

empresa que puede tener el administrador, ni siquiera con los de quienes trabajan en el departamento de contabilidad, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros”

También por otro lado cabe preguntarse si en el caso de haber contratado varios productos financieros complejos como pueden ser los swaps significa que ya serás considerado como un cliente profesional. Según nuestro Tribunal en la Sentencia anteriormente citada 579/2016 de 30 de noviembre de 2016 *“Tampoco puede considerarse que se tratara de un cliente experto por el hecho de haber suscrito algunos contratos de swap en las fechas inmediatamente anteriores, a la vista de que los mismos eran impuestos por la entidad bancaria como requisito para obtener financiación y no se acredita que en la contratación de los swaps en fechas anteriores se suministrara la información adecuada que en este caso faltó”* En principio, por lo tanto, cabe entender que nada indica que en otros contratos de este tipo de productos complejos se haya proporcionado información alguna sobre los riesgos que pueden llegar a conllevar y por lo tanto el cliente por muchos contratos que suscriba tendrá esa errónea representación de los problemas que pueden acarrear.

¿Y si es una sociedad la que contrata este tipo de contratos bancarios complejos? El Tribunal Supremo en este caso vuelve a decirnos que *“el hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente su carácter experto, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos”* (STS 1657/2017 de 5 de junio de 2017).

3.1.5. Test de idoneidad y test de conveniencia

Para poder ofrecer un producto de esta complejidad la normativa exige que se haga un test de idoneidad para *“evaluar la adecuación del producto financiero a sus condiciones personales y económicas”*¹¹, es decir, ver si ese producto encaja con el cliente en cuestión y una vez realizado este, se debe pasar a hacer un test de conveniencia.

Si estos no se realizan nos dice la sentencia 235/2016 de 8 de abril de 2016 que *“Aquí ni siquiera se realizó un test de conveniencia, ni tampoco un test de idoneidad, por lo que difícilmente puede afirmarse que el producto era adecuado al perfil del cliente”*

¹¹ STS 4096/2017 de 20 de noviembre de 2017

Entonces podríamos deducir que si no se hacen estos test el cliente no tendrá conocimiento de lo que esta contratando y por tanto este adolecerá de error-vicio del consentimiento, no obstante, la jurisprudencia nos indica que eso no es así porque igual que con la información previa al contrato que deben de ofrecer las entidades bancarias, el cliente pudo tener conocimiento por otro tipo de vía de lo que estaba contratando y por tanto no adolecerá de este vicio. Podemos ver varios ejemplos de sentencias del Tribunal Supremo:

STS 840/2013 de 20 de enero de 2013 *“[L]a 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”*

STS 4104/2017 de fecha 21 de noviembre de 2017 *“la simple omisión de realización de los test de conveniencia y/o idoneidad no presupone por sí misma el incumplimiento del deber de información, ni la prestación errónea del consentimiento por parte del cliente, sino que únicamente facilitan su presunción, que puede ser desvirtuada por la prueba practicada”*

STS 2787/2017 de 29 de junio de 2017 *“no obstante ni el incumplimiento del deber de información ni la ausencia de estos test «son causas por sí solas que determinen la declaración de nulidad del contrato o que permitan la afirmación de un error sustancial y excusable, sino que solo permiten presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados”*

STS 3240/2018 de 24 de septiembre de 2018 *“La ausencia de test de idoneidad y conveniencia puede conllevar la ausencia de obligaciones informativas, pero no la automática existencia de un error-vicio, pues este se funda en la falta de conocimiento del producto”.*

STS 264/2018 de 9 de mayo de 2018 *“Ni la falta de acreditación de la información que con carácter previo a la contratación de la permuta financiera, ni la ausencia del test de conveniencia o, en su caso, el de idoneidad, determinan por sí la existencia de error vicio, sino que lo presumen. Lo que no impide que pudiera acreditarse que a pesar de la falta de constancia de la información precontractual y del preceptivo test, el cliente contrató con conocimiento de las características del producto y de sus riesgos.”*

En igual sentido tenemos otras sentencias 356/2019, de 25 de junio; 290/2019, de 23 de mayo, y 523/2018, de 24 de septiembre; sentencia 3237/2020 de 14 de octubre.

En conclusión, la ausencia de test previos que determinaran la idoneidad o conveniencia de que un inversor minorista contratara un producto complejo, unido a la falta de experiencia previa del inversor en productos de dicha naturaleza, junto con la complejidad de un producto [...] nos lleva a determinar la existencia de error excusable por parte del comprador del producto (STS 4096/2017 de 20 de noviembre de 2017)

Los test como es lógico para poder ser apreciados y analizados por las entidades bancarias deben de haberse realizado con antelación a la firma del contrato, pero ¿serían válidos si son simultáneos? El Tribunal Supremo en su jurisprudencia nos aclara que no *“El test de conveniencia fue simultáneo a la firma del contrato y se omitió el de idoneidad, que opera en casos como este en los que se ha prestado un servicio de asesoramiento financiero, por lo que el banco no pudo cerciorarse, como debía, de que el producto era idóneo para la situación financiera de la cliente y para sus objetivos de inversión”* (entre las más recientes, sentencias 677/2016, de 16 de noviembre , 589/2016, de 23 de noviembre , y 244/2017, de 20 de abril).

Pero no solo deben de realizarse estos test sino que deben de tener un contenido suficiente *“no es irrelevante que en dichos tests, cumplimentados a máquina por la entidad, se contengan tan solo cuatro preguntas, una sobre el nivel de conocimientos de los clientes y tres en las que se mencionan expresamente las emisiones de «renta fija», cuando se quiere insistir por la entidad que a los clientes les debió quedar claro que el producto contratado ni era un depósito (a pesar de la denominación del contrato suscrito de «contrato de depósito o administración de valores») ni era un producto de renta fija. No es de extrañar que el Informe de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 17 de mayo de 2010 considerara las insuficiencias del contenido de los tests utilizados por Caja Madrid para evaluar al cliente en el proceso de comercialización de las participaciones preferentes”* (STS 2727/2017 4 de julio de 2017).

Además se deben de realizar ambos test no es suficiente con que solo se realice uno de ellos *“A los efectos pretendidos en la demanda, en la que se ejercitó la acción de nulidad basada en el error vicio, provocado por el incumplimiento de los deberes de información, resulta irrelevante que se hubiera recabado el test de conveniencia y no el de idoneidad, pues en el primero ya se contienen las exigencias relativas a si el cliente «tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado». De tal forma que en sí mismo, esta circunstancia, de que sí se hubiera recabado el test de conveniencia y no el de idoneidad, no altera la valoración realizada por el tribunal de instancia sobre el cumplimiento de los deberes de información y, en última instancia, sobre la no apreciación del error vicio”* (STS 1224/2017 de fecha 30 de marzo de 2017 con cita de la STS 176/2017 de 13 de marzo de 2017)

Una vez hechos estos test la entidad bancaria debe de ajustarse al perfil del cliente de forma que, por ejemplo, si pone que lo que él está buscando es una inversión a dos años se tiene que ofrecer un producto que venza a los dos años, esto paso en la sentencia del Tribunal Supremo 3709/2018 de 6 de noviembre de 2018 *“en el test de idoneidad se fijó por el inversor un plazo máximo de duración de su inversión de 2 años. Acotar en esos términos el espacio temporal implicaba que la gestora financiera debió ofrecer un producto que venciese, como mucho, en dos años. Pero no fue así, el producto era a perpetuidad. Decir que puede ser vendido en el mercado secundario no es equivalente a vencer en dos años”*

3.1.6. Excusabilidad del error

Está íntimamente relacionado con la información que debe de dar la entidad al cliente y de forma indirecta también está relacionado con la profesionalidad o no debido a lo anteriormente dicho.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo 840/2013, de 20 de enero de 2013 y repetido en múltiples ocasiones de forma casi literal en diversas sentencias similares por mencionar alguna de ellas Sentencia del Tribunal Supremo 50/2018 de fecha 17 de enero de 2018, *“Si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente”*

Como hemos dicho *“el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error”*¹² *“están unidos en relación de causa a efecto”*.

Nos dice el Tribunal Supremo en su sentencia 1857/2017 de 9 de junio que *“la excusabilidad del error no queda diluida por el hecho de que se le facilitase información precontractual, pues la misma, bajo la forma de «solicitud» es tan incomprensible para el no experto como la contenida en el contrato de swap”* con lo cual no solo la omisión de la información dada al cliente provoca la excusabilidad sino que *“el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos*

¹² STS 2267/2017 de 7 de junio de 2017 y STS 2158/2017 del 1 de junio de 2017

*asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente?*¹³
(STS 1854/2017 de 11 de junio de 2017)

Este requisito es tan importante porque *“tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración”* (Sentencias de 18 de febrero y de 3 de marzo de 1994 , que se citan en la de 12 de julio de 2002 , y cuya doctrina se contiene, a su vez, en la de 12 de noviembre de 2004 ; también, Sentencias de 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005).

En cuanto a la relación indirecta de la excusabilidad y la profesionalidad el Tribunal Supremo nos dice *“a la hora de excluir el error o de apreciar su excusabilidad, esta sala viene declarando que el hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente el carácter experto del cliente, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos”*¹³

Por tanto, nos deja claro que *“la experiencia de ser representante de la sociedad, por sí sola, no justifica la inexcusabilidad del error”* (Sentencia del Tribunal Supremo 1861/2017 12 de mayo de 2017).

3.1.7. El dies a quo

Una de las cuestiones más discutidas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el error-vicio del consentimiento es, sin lugar a dudas, la norma de la consumación del contrato como dies a quo del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de anulación.

Vamos a ver la jurisprudencia de los últimos tiempos y como lo interpreta nuestro Tribunal Supremo analizando las resoluciones.

Según la STS 254/2015 de 12 de enero de 2015, que es una de las principales sentencias que tratan este tema, nos dice que *“Como primera cuestión, el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato, [...] No puede confundirse la consumación*

¹³ STS 149/2017, de 2 de marzo de 2017 y 579/2016, de 30 de septiembre de 2016, con cita de otras anteriores.

del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio, que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce « la realización de todas las obligaciones » (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), « cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes » (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando « se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó » (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983)”.

Por tanto, el Tribunal Supremo deja bien claro que el momento de inicio del dies a quo será el de la consumación del contrato, es decir, cuando se entienden realizadas por ambas partes las prestaciones debidas y no el de perfeccionamiento del contrato, que es el momento en el que el contrato comienza a producir efectos.

Esta misma sentencia citada anteriormente prosigue así “*Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes.[...] 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”.*

Como se puede apreciar lo que intenta el Tribunal, con más o menos acierto, es proteger al consumidor de tal forma que pueda conocer los efectos que produce ese contrato una vez que ya se ha producido la consumación y darle un tiempo suficiente para que pueda ejercitar la acción de anulabilidad si lo considera pertinente. De otro modo como dice el Tribunal al desconocer elementos esenciales del contrato se le estaría privando al individuo de poder ejercitar esta acción por error-vicio del consentimiento.

El nuevo criterio jurisprudencial habría de jugar tanto a favor del perjudicado, retrasando el dies a quo más allá del momento de la consumación del contrato, como en su contra, anticipando el dies a quo si el conocimiento del error fuese anterior a la fecha de la consumación.

En este caso ¿qué pasaría si el cliente tuviera conocimiento sobre su error antes de la consumación del contrato? Pues en esta misma sentencia parece que aclara que en el

caso de que hubiera una primera liquidación negativa el cliente tendría conocimiento de que no era un mero seguro de cobertura de subida de tipos de interés, como pudo haber creído, sino una permuta de tipo de interés entre las partes, que podía beneficiarle, pero también perjudicarlo.

Por tanto, podemos concluir que sería en el momento del conocimiento cuándo comenzaría a contar el plazo de 4 años para ejercitar la acción de anulabilidad por error-vicio del consentimiento.

En contra de esto y tras investigar los contratos bancarios complejos nos encontramos con contratos denominados “swaps” que en este caso es difícil saber la entidad del perjuicio que puede sufrir un cliente con una mera liquidación negativa ya que se puede ir compensando con otras positivas en años siguientes no sufriendo por tanto un perjuicio, o todo lo contrario, puede ir cada vez a peor tales liquidaciones, con lo cual no se puede valorar el carácter esencial del error, en cuanto que determinante del consentimiento prestado y requisito de la acción de anulación hasta que no conozca su resultado final.

Tras esto en 2018 el Tribunal Supremo dicta una sentencia de gran importancia en la que cambian esta visión jurisprudencia, concretamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 89/2018 de 19 de febrero de 2018 aclara que el sentido de la doctrina sobre el dies a quo en los contratos complejos sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo 254/2015 de 12 de enero de 2015, era el de impedir que quedase fijado antes de que el cliente tuviese conocimiento de la existencia de dicho dolo o error, pero no, a la inversa, que pudiera adelantarse el dies a quo a un momento anterior al de la consumación del contrato por el hecho de que el cliente pudiera tener un conocimiento del error antes de dicho momento, lo que iría en contra del tenor literal del art. 1.301 CC.¹⁴

Por la importancia y trascendencia en este sentido de la sentencia mencionada 89/2018 de 19 de febrero 2018 vamos a analizarla detalladamente.

En esta se desestima el recurso del banco por concluir que la acción de anulación no había caducado y que por tanto el cliente podía hacer uso de esta.

La sala determina en un comienzo que la Audiencia Provincial de León no había infringido el criterio que estaba siguiendo el Tribunal Supremo puesto que se orientaba

¹⁴ Pertíñez Vilchez, Francisco. “El dies a quo del plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad por vicio de error en los contratos de préstamo e inversión” *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. N.º. 4 de 2018, Pag 10.

a “*impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo*” por lo que no puede entenderse desde la perspectiva que pretendía la entidad bancaria de que “*el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría en contra del tenor literal del art. 1301 IV CC*”.

Tras esto el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que el momento en que los contratos denominados swaps se consuman es cuando producen las “*consecuencias económicas del contrato*” y que al variar con las diversas liquidaciones como ya dijimos anteriormente, este momento será en el que se produce la extinción del contrato.

En conclusión, podemos decir que esta jurisprudencia que más tarde se ha ido consolidando con otras resoluciones dadas por el Tribunal Supremo ha dado lugar a tres doctrinas jurisprudenciales sobre la consumación:

- 1) Para las relaciones contractuales complejas “*como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión*” (STS 769/2014 de 12 de enero de 2015) en este caso como ya hemos ido viendo se comienza a contar el plazo de 4 años para ejercitar esta acción en el momento en que el cliente haya podido tener conocimiento de tal error que vicia el consentimiento prestado.
- 2) En el caso de las relaciones contractuales de tracto sucesivo, simultáneas o instantáneas que no presenten demasiada complejidad el plazo para el ejercicio de la acción de anulación comenzará a contar desde que quien alegue el error-vicio del consentimiento haya recibido de la contraparte la prestación esencial del contrato.
- 3) En los casos de permuta financiera o “swaps” en el que la consumación del contrato se produce con la extinción del contrato ya que como hemos visto con anterioridad al analizar la sentencia 89/2018 de 19 de febrero de 2018 será el momento en el que el cliente tenga conocimiento real de las consecuencias económicas y jurídicas que conlleva ese negocio firmado con error-vicio del consentimiento.

3.2. EL ERROR-VICIO Y SU RELACIÓN CON OTRAS VÍAS DE IMPUGNACIÓN DE LOS CONTRATOS

Tras el gran análisis de la jurisprudencia realizado he venido comprobando que en las demandas en las que se pide que se anule un contrato por error-vicio del consentimiento también se pueden seguir otras vías, más o menos acertadas, dependiendo de la situación en la que se encuentre el cliente en concreto.

3.2.1. Cláusulas abusivas

La primera que vamos a analizar es la petición de que una cláusula se declare como abusiva para el consumidor como ha ocurrido recientemente con el “boom” de las cláusulas suelo. Este tipo de cláusulas no eran conocidas por los consumidores, ni tenían conocimiento de lo que podían llegar a significar económicamente tras firmar un contrato ya que no se había informado a los consumidores por parte de la entidad bancaria con lo cual podemos ver claramente que se podría seguir el cauce del error vicio del consentimiento para pedir la nulidad de dichos contratos.

Sin embargo, al ser una cláusula que entraría dentro de las condiciones generales de la contratación en la medida que son cláusulas predispuestas que impone una de las partes, en este caso la entidad bancaria, puede ser una cláusula abusiva si no se ha explicado al consumidor suficientemente su trascendencia, es decir, los riesgos que va a conllevar la firma de ese contrato.

En la jurisprudencia no solo de nuestro Tribunal Supremo en sentencias como la 3821/2018 de 8 de noviembre de 2018 en la que en el suplico de la demanda se puede ver *“Con carácter subsidiario, y para el caso de que no se estime la mencionada pretensión, proceda a declarar la nulidad, por tener carácter de cláusula abusiva”* sino que también del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencias como la sentencia de 21 de diciembre de 2016, asuntos C-154/15, C-307/15 y C-308/15 *“hay que tener en cuenta el entramado contractual en el que se inserten, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que para el se deriven de tales cláusulas”* y en el caso de que esto no se dé *“el tribunal podrá apreciar el posible carácter abusivo de la cláusula en cuestión”*.

La mayor diferencia que podemos apreciar entre esta vía de reclamación y la vía seguida para el error-vicio del consentimiento es que en el primero de los casos solo se produce la nulidad de la cláusula en concreto si el contrato puede seguir subsistiendo sin ella, como era el caso de las cláusulas suelo, y en el segundo de los supuestos se produce la nulidad de todo el contrato por no haber tenido comprensión de lo que significaba en su conjunto obligarse a ese negocio jurídico.

3.2.2. El incumplimiento de las obligaciones contractuales

Otras de las formulas utilizadas en las demandas para que en caso de que no se reconozca el error-vicio del consentimiento se estime subsidiariamente la resolución del contrato por incumplimiento de los deberes contractuales.

En este caso lo podemos ver en la sentencia del Tribunal Supremo 4261/2020 de 11 de diciembre de 2020 *“Alternativa y subsidiariamente declarar la resolución de las ordenes de compra contenidas en los documentos 1-1 y 2 de la demanda, de fechas de 1 de junio de 2007 y 14 de marzo de 2008, por haber incumplido Barclays Bank, S.A. sus obligaciones contractuales esenciales; entre otras, ofrecer un producto acorde con el perfil del cliente; previo estudio del perfil del cliente; incumplimiento de sus obligaciones de información”*.

En este caso como vemos tienen puntos en común con el error-vicio ya que en ambos casos habrá falta de información por parte de la entidad bancaria y en ambos casos se debe de ofrecer al cliente un producto financiero de acuerdo con su perfil (en el caso del error-vicio vimos que esto se hacía gracias a los test de conveniencia e idoneidad).

La diferencia de los efectos entre ambas formulas es que en el error vicio como hemos visto se deben de devolver ambas partes lo que hubieran percibido y en el caso de la resolución del contrato lo que procedería sería la indemnización para la persona que en este caso haya sido perjudicada por el incumplimiento de los deberes contractuales de la contraparte.

3.2.3. “Quanti minoris”

Esta acción no tiene como objetivo la indemnización, sino el restablecimiento de la igualdad entre las partes como nos dice la sentencia 78/2020 de la Audiencia Provincial de Bilbao de fecha 29 de enero de 2020 con mención de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2.003, "*no se puede olvidar que la acción "quantum minoris" no tiene una finalidad indemnizatoria, sino de restablecimiento de la equidad contractual*".

Y sigue esta misma sentencia diciendo "*la jurisprudencia [...] ha señalado la posible compatibilidad de las acciones edilicias (la redhibitoria y la quantum minoris) con otras derivadas del contrato (así, por ejemplo, se afirma en Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1.986 y 17 de julio de 1.987) pero lo hace en el sentido de que la previsiones específicas del saneamiento por vicios ocultos, no impiden el ejercicio de acciones derivadas del incumplimiento ni las de nulidad por dolo o error, porque "ningún precepto de nuestro Código excluye la concurrencia de la acción de impugnación por error con las que se derivan de otros artículos, cuya elección corresponde a aquel a quien asisten"*"

Tras esto nos muestra cual es el significado según la doctrina del Tribunal "*el significado de la acción quantum minoris el de obtener la rebaja del precio, debe el demandante acreditar cuál sea la procedente, pues ello forma también parte de los hechos constitutivos de la pretensión, de modo que la falta de prueba de este extremo, conlleva la desestimación (en tal sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2.004)."*"

Es decir, esta acción lo que trata es de disminuir el precio pagado por la cosa objeto de la prestación en el caso de que se demuestre de que hubo error y por lo tanto hacer que la relación contractual vuelva a ser justa para ambas partes.

También hay que tener presente que para ejercitar esta acción se deben de dar dos requisitos:

- o Hay error-vicio
- o Posibilidad de reajuste contractual

En este caso igual que los anteriores hay que tener en cuenta que se trata de una acción subsidiaria, no puedes pedir la resolución del contrato por ejemplo junto con esta acción. Se deben pedir en el suplico de la demanda de forma subsidiaria una de otra.

4. CONCLUSIÓN

Como hemos podido ir viendo el error-vicio del consentimiento es un tema que esta muy de actualidad por los contratos bancarios ya que cada día estos son más complejos, pero no solo eso, sino que además cada día son más sencillos de realizar sin ningún tipo de explicación por parte de la entidad que lo está ofertando.

Mientras investigaba sobre este tema he podido apreciar más de cerca la cantidad de contratos que se firman sin saber las consecuencias jurídicas y económicas que podrían suponer. Un ejemplo que me llamo la atención es que recientemente fui a una tienda de electrónica y en esta para financiar un producto a plazos te mandan hacer una tarjeta de crédito firmando un contrato para ello con la entidad que en este caso es “Caixabank”, el chico de la tienda en cuestión, que nada sabe sobre contratos bancarios ya que su trabajo es vender productos electrónicos acepta por ti y sin leerte todas las clausulas de dicho contrato y lo único que sabes es una tarjeta de crédito y que debes firmar en el “rectangulito” que el chico de la tienda te indica. Este es un ejemplo de muchos que me he encontrar, otro de ellos es realizar contratos de tarjetas de crédito en tiendas de venta de líneas móviles con la entidad bancaria denominada “Cetelem”

En mi cabeza tras estos encuentros solo me venía a la mente la falta de información ofrecida por parte de la entidad bancaria ya que el conocimiento que yo tenía sobre esos contratos que me hacían firmar era nulo, pero no solo eso, sino que el mismo chico que lo ofrecía, no sabía tampoco las consecuencias económicas y jurídicas que podía suponer eso para mi como consumidor y cliente y por lo tanto no podía hacerle ciertas preguntas porque el vendedor no sabía contestarlas.

Esta claro que cada día, a pesar de tener ya muchos ejemplos del error-vicio del consentimiento, esta sería de demandas irán a mayores ya que el consumidor cada vez tiene menos información sobre los documentos que firma.

Otra de las causas por la que creo que evolucionará el error-vicio del consentimiento será por la aceptación de los contratos online que sin saber lo que realmente estamos consintiendo damos simplemente a “aceptar” en una pantalla de ordenador pensando que esto no tiene consecuencias económicas y jurídicas y creandonos una imagen irreal que para nada se corresponde con la realidad.

Por último, decir que es un tema que evoluciona rápidamente y que se modifica jurisprudencialmente para adaptarse a las situaciones que se van dando en la realidad, ya que como hemos visto surgen nuevas formas contractuales a las que hacer frente como los mencionados “swaps” y para ofrecer la protección que el ordenamiento jurídico pretende dar al consumidor deben adaptarse estas interpretaciones a los tiempos actuales cambiando como ocurrió recientemente con el “dies a quo”.

5. BIBLIOGRAFÍA

1. Acedo Penco, Ángel. “Derecho de contratos, cuasicontratos y responsabilidad extracontractual” Dykinson, 2017.
2. Albaladejo, Manuel. “La Obligación y el Contrato en general” Librería Bosh, 1980.
3. Albaladejo, Manuel. “Los Contratos en particular y las obligaciones no contractuales” Jose María Bosh Editor, 1997.
4. Arnaiz Ramos, Rafael. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017 (334/2017) Control de transparencia sobre la cláusula suelo. Efectos de la falta de transparencia sobre la posible abusividad de la cláusula. Alcance de los efectos restitutorios”. Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil). BOE, 2017.
5. Blanco Herrera, Rocío. “La nueva perspectiva de la tutela del error en el moderno derecho de los contratos/New perspectives on the doctrine of mistakes in modern contract law” Revista de Derecho UNED, núm. 14, 2014.
6. Blasco Gascó, Francisco de Paula. “Cesión de contrato y cesión de negocio bancario. Vicio del consentimiento en la compraventa de bonos” Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil. Coord. por Yzquierdo Tolsada, Mariano, 2017. Págs. 427-440.
7. Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio: “Sistema de Derecho Civil”. Editorial Tecnos. Décima edición. Madrid, Reimpresión, 2015, Volumen II, tomo 1. P. 46
8. Farrando Miguel, Ignacio. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2018 (222/2018) Test de conveniencia, test de idoneidad y error vicio de los contratantes de swaps” Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil). BOE, 2018.
9. Fayos Gardo, Antonio. “Derecho Civil: Manual de Derecho de Obligaciones y Contratos” Dykinson, 2018.

10. García Vicente, Jose Ramón. “Anulación parcial del contrato por vicio de consentimiento: derivado implícito (swap) y contrato de préstamo con garantía hipotecaria: vinculación. Comentario a la STS 23 de octubre de 2019 (RJ 2019/4222)” *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 113. Mayo-agosto 2020.
11. Quicios Molina, M Susana. “Incumplimiento de la obligación de información en preferentes y subordinadas. Comentario a la STS 21 de julio 2020 (RJ 2020/2694)” *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 115. Enero-abril 2021.
12. Llácer Matacás, M. Rosa. “El saneamiento por vicios ocultos” *Universitat de Barcelona*, 1991.
13. López Alonso, Luis y Guillén Monje, Patricia. “Evolución legal en los deberes de conducta y de información en materia de contratación de productos de inversión” *Actualidad civil*. Nº 4, 2017, págs. 51-61.
14. Lucía Neme Villareal, Martha. “El error como vicio del consentimiento frente a la protección de la confianza en la celebración del contrato” *Revista de Derecho Privado*. Nº. 22, 2012, págs. 169-218.
15. Malo, Miguel Ángel. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019 (382/2019) La responsabilidad contractual por el incumplimiento de deberes de información en inversiones financieras y la doctrina de la “compensatio lucri cum damno”. Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil). *BOE*, 2019.
16. Marín Velarde, Asunción. “El consentimiento. La formación del contrato” *Iustel*.
17. Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos. “Contratos y Responsabilidad Civil” *Edisofer*, 2016.

18. Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos. “Teoría General de la Obligación y el Contrato” Edisofer, 2018.
19. Martínez Escribano, Celia. “Delimitación del error en los contratos de swap” Revista de derecho bancario y bursátil. N° 32, N° 130, 2013, págs. 293-308.
20. Mendieta Grande, Javier. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2018 (89/2018) De nuevo sobre la consumación del contrato como dies a quo del cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de anulación fundada en error o dolo: ahora en los contratos de permuta financiera o swap” Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil). BOE, 2018.
21. Muñoz García, Carmen. “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018 (205/2018) ¿Novación o contrato de transacción? Solución a la posible falta de transparencia en la cláusula suelo” Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil). BOE, 2018.
22. Nájera Pascual, Abraham. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 (1280/2015) Clausula suelo: el alcance temporal de los efectos de su nulidad” Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil). BOE, 2015.
23. Navas Navarro, Susana. “Contrato de leasing y derivado financiero (swap). Deberes de información previstos en el art. 79 bis LMV. Nulidad total o parcial del contrato. Apreciación del error vicio. Comentario a la STS, de 2 febrero 2017 (RJ 2017, 389)” Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil. N° 104, 2017, págs. 383-397.
24. Peña López, Fernando. “El deber general de información, de evaluación de la idoneidad y de evaluación de la conveniencia de las entidades de servicios financieros y las consecuencias de su incumplimiento. Comentario STS 21 de diciembre de 2020 (RJ 2020/3723)” Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 115. Enero-abril 2021.

25. Pertíñez Vilchez, Francisco. “El dies a quo del plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad por vicio de error en los contratos de préstamo e inversión” *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. N.º. 4, 2018.
26. Roqueta, Angels “Swaps o permuta financiera” *Economist & Jurist*, 2012.
27. Sancristán Bergia, Fernando. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2015 (3868/2015) Nulidad del contrato SWAP por vicio en el consentimiento”. *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*. BOE, 2015.
28. Valero Fernández-Reyes, Ángel. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2017 (367/2017) Cláusulas suelo. Efectos de la sentencia estimatoria dictada en proceso de ejercicio de acción colectiva de cesación en los procesos sobre acciones individuales”. *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*. BOE, 2017.
29. Yzquierdo Tolsada, Mariano. “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017 (171/2017) Cláusula suelo comprensible, negociada libremente y perfectamente válida” *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*. BOE, 2017.

6. ANEXO I

6.1. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1978
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1994.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1994.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1997.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 840/2013 de 20 de enero de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 4440/2014 de 12 de noviembre de 2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 254/2015 de 12 de enero de 2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 769/2014 de 12 de enero de 2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 676/2015 de 30 de noviembre de 2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 235/2016 de 8 de abril de 2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 579/2016 de 30 de septiembre de 2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 667/2016 de 16 de noviembre de 2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 589/2016 de 23 de noviembre de 2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 149/2017 del 2 de marzo de 2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 176/2017 de 13 de marzo de 2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 179/2017 de 13 de marzo de 2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1224/2017 de 30 de marzo de 2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 223/2017 de 5 de abril de 2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1337/2017 de 5 de abril de 2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 244/2017 de 20 de abril de 2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1861/2017 de 12 de mayo de 2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2158/2017 de 1 de junio de 2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1657/2017 de 5 de junio de 2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2267/2017 de 7 de junio de 2017
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1857/2017 de 9 de junio de 2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1854/2017 de 11 de junio de 2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2787/2017 de 29 de junio de 2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2727/2017 de 4 de julio de 2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2794/2017 de 6 de julio de 2017.

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 4096/2017 de 20 de noviembre de 2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 4104/2017 de 21 de noviembre de 2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 50/2018 de fecha 17 de enero de 2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 89/2018 de 19 de febrero de 2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 264/2018 de 9 de mayo de 2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 523/2018 de 24 de septiembre de 2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3240/2018 de 24 de septiembre de 2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3709/2018 de 6 de noviembre de 2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3821/2018 de 8 de noviembre de 2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 290/2019 de 23 de mayo de 2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 356/2019 de 25 de junio de 2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3128/2019 de 10 de octubre de 2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3386/2019 de 22 de octubre de 2019.
- Auto del Tribunal Supremo núm. 79/2018 de 11 de marzo de 2020.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3237/2020 de 14 de octubre de 2020.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 4261/2020 de 11 de diciembre de 2020.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 382/2021 de 9 de febrero de 2021.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 861/2021 de 8 de marzo de 2021.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 877/2021 de 10 de marzo de 2021.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1076/2021 de 16 de marzo de 2021.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1458/2021 de 19 de abril de 2021.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1456/2021 de 20 de abril de 2021.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1477/2021 de 20 de abril de 2021.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 4492/2021 de 21 de abril de 2021.

6.2. INDICE JURISPRUDENCIA AUDIENCIAS PROVINCIALES:

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao núm. 78/2020 de fecha 29 de enero de 2020

6.3. ÍNDICE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA:

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, asuntos C-154/15, C-307/15 y C-308/15