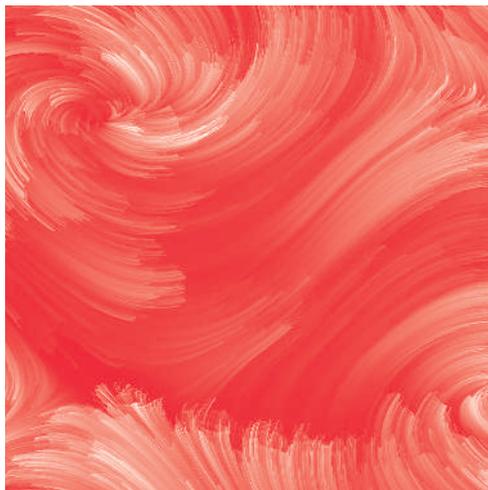


La contratación bancaria en la reciente doctrina del Tribunal Supremo

David Vázquez García



[BOSCH]

La contratación bancaria en la reciente doctrina del Tribunal Supremo

David Vázquez García

Consulte en la Web de Wolters Kluwer (<http://digital.wke.es>) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su fecha de publicación

Es propiedad,
© 2017, **David Vázquez García**

Para la presente edición:
© 2017, **Wolters Kluwer España, S.A.**
Avenida Carrilet, 3
Edificio D, 9.ª planta
08902 Hospitalet de Llobregat (Barcelona)
Tel: 902 250 500 - Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: enero, 2017

ISBN: 978-84-9090-188-5 (papel)
ISBN: 978-84-9090-189-2 (digital)
Depósito legal: M-1282-2017
Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

“Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra”.

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 infundada por la declaración», como ya señalaban las sentencias de 18 de febrero y 3 de marzo de 1994».

2. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA A LA CONTRATACIÓN DE PRODUCTOS BANCARIOS COMPLEJOS

Esta jurisprudencia tradicional de la Sala Primera sobre el error como vicio del consentimiento se recoge en las sentencias (ambas de pleno) de 20 de enero de 2014, rec. 879/2012 y de 10 de septiembre de 2014, rec. 2162/2011 a las que ya nos hemos referido en varias ocasiones, por su trascendencia.

Ambas sentencias parten de una premisa general: «Hay error vicio cuando la voluntad del contratante *se forma a partir de una creencia inexacta*. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea». Esta doctrina general se utiliza ya en las primeras resoluciones de la Sala en las que se trató la contratación de instrumentos *swap* (SSTS de 21 de noviembre de 2012, rec. 1729/2010 y de 29 de octubre de 2013, rec. 1972/2011).

El error, sin embargo, ha de ser apreciado con cautela; entran aquí en juego principios como el respeto a la palabra dada (principio *pacta sunt servanda* consagrado en el art. 1091 CC) y el principio de conservación del negocio, principio que la propia Sala considera como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico. Hemos de recordar lo dispuesto en la sentencia de 29 de enero de 2015, rec. 103/2013 que señala textualmente que «[e]n relación a la conservación del contrato debe señalarse que se ha puntualizado su función interpretativa tras el reconocimiento de esta regla no sólo como un criterio de interpretación, *sino también como un auténtico principio general del Derecho*; [STS (Pleno) de 15 de enero de 2013 (núm. 827/2012)]. Destacándose su alcance general, como canon hermenéutico de la totalidad del contrato, con proyección en el tratamiento de la eficacia contractual que se derive. En los términos de la citada Sentencia de esta Sala: "Siguiendo esta línea, la cuestión se vislumbra de un modo más nítido si nos preguntamos por el alcance sistemático que posibilita el ámbito conceptual de la figura, particularmente

del principio de conservación de los contratos o *favor contractus*. Este principio no solo se ha consolidado como un canon hermenéutico que informa nuestro ordenamiento jurídico, con múltiples manifestaciones al respecto, sino también como un elemento instrumental decisivo en la construcción de un renovado Derecho Contractual Europeo conforme a lo dispuesto en los principales textos de armonización, como la Convención de Viena, los Principios de Derecho Europeo de la Contratación (PECL) y, particularmente, la propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. De modo que tal y como hemos señalado en las recientes Sentencias de 28 junio y 10 septiembre de 2012, precisamente en el marco del contrato de compraventa, *la conservación de los contratos se erige como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico* que comporta, entre otros extremos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que presenta la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitando el tráfico patrimonial y su seguridad jurídica"».

Partiendo de estas premisas generales, las sentencias mencionadas, recogiendo la doctrina clásica, reiteran que es necesario que la representación equivocada **merezca tal consideración**, que el error sea **esencial** y que sea, además, **excusable**, es decir no imputable a quien lo sufre.

Respecto del primer requisito, disponen la sentencias reseñadas que «...[e]s necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, *como suficientemente segura y no como una mera posibilidad* dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias. El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC)».

Respecto de la **esencialidad del error**, es necesario que el mismo recaiga sobre aquellas circunstancias que hubiesen sido determinantes para la celebración del contrato y que la representación equivocada se presente como razonablemente cierta. Transcribimos, por su interés, lo dispuesto

en la sentencia de 20 de enero de 2014 respecto de la esencialidad del error: «...Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones –respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato– que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas –y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado–. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses. Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano. El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error».

Por último, dispone la doctrina examinada, que el error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, **excusable**, esto es, no impu-

table a quien lo sufre. En este aspecto, la Sala incide especialmente en la importancia que tiene la determinación de la condición del cliente; así, la doctrina clásica establece que si el error puede ser superado mediante el empleo de una diligencia media, no puede ser apreciado, ya que también merece protección la parte que confía en la apariencia que genera una relación negocial basada en una libre declaración de voluntad; sin embargo, en el ámbito de la contratación bancaria es absolutamente necesario examinar las circunstancias de las personas que contratan, declarándose por la Sala que es exigible una mayor diligencia al experto inversor que a aquel que carece o atesora muy poca experiencia en la contratación de instrumentos complejos; del mismo modo, la sentencia de 10 de septiembre de 2014 (con remisión a la de 10 de enero de 2014), realiza una afirmación, desde nuestro punto de vista, de enorme calado ya que contiene la presunción de que una falta de información por parte del banco genera una falta de conocimiento suficiente que vicia el consentimiento («...[e]n el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, 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, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la sentencia núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014.*».)

La doctrina relativa **incidencia del incumplimiento del deber de información** en la apreciación del error vicio, se resume en la sentencia de 7 de julio de 2014, rec. 892/2012 y se reitera en otras como en la de 8 de julio de 2014, rec. 1256/12, y la de 26 de febrero de 2015, rec. 1548/2011 y puede resumirse en los siguientes puntos:

«1. El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.

2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el swap.

3. La información –que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 *bis* 3 LMNV)– es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

4. El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista 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.

5. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa 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, permite 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».

Por lo tanto, observamos cómo la doctrina expuesta (no solo aplicable a los swap sino a todo tipo de contratación de productos bancarios complejos²) considera que existe error en el consentimiento cuando nos encontramos ante una deficiente información por parte de la entidad bancaria y los clientes no estaban familiarizados con la contratación de productos financieros de cierta complejidad; el argumento es de una lógica aplastante, pese a las alegaciones de las entidades bancarias, ya que, a menos que se trate de inversores especulativos que invierten su capital

2. *Vid.*, entre otras, STS de 25 de febrero de 2016, rec. 2578/2013, sobre contratación de una diversidad de productos complejos.

La presente obra ofrece una visión panorámica y detallada de la más reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de contratación bancaria, la cual, ha venido suscitando un extraordinario nivel de litigiosidad en los últimos tiempos.

La obra se estructura en dos partes claramente diferenciadas: la primera, analiza la contratación de productos altamente complejos por parte de consumidores de servicios bancarios, examinando los problemas asociados a determinados productos financieros (P.ej: "Swaps", las participaciones preferentes, etc.). La segunda parte de la obra, pone el foco en la contratación bajo *condiciones generales*, donde se estudian fundamentalmente determinadas cláusulas insertas en contratos de préstamo (hipotecarios o personales) y su posible abusividad al amparo de la legislación y jurisprudencia de los tribunales.

En la obra se citan y comentan más de un centenar de sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo (además de otras muchas resoluciones de las diferentes audiencias provinciales y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea), quedando agrupadas y sistematizadas las respuestas ofrecidas por la Sala Primera, cuyos posicionamientos han pasado a conformar un *renovado acervo* de jurisprudencia consolidada en materia de contratación bancaria.

ISBN: 978-84-9090-188-5



9 788490 901885



36521627904

