

#### 4. DERECHO BANCARIO

## El caso «Valores Santander». A la espera de la casación tras la doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales (II)

*The Santander securities case.  
Waiting for the Supreme Court after  
the contradictory doctrine of provincial appellate  
courts (II)*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación  
Profesor de Derecho Civil y Abogado

**RESUMEN:** Dentro de la clara doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales en el caso «Valores Santander», existe cierta «jurisprudencia menor» que ha sostenido la inexistencia del error vicio del consentimiento ya que en el proceso correspondiente constaba, siendo suficiente al respecto, la existencia de una orden de suscripción estereotipada y preconstituida en la que el contratante declaraba conocer la operativa y riesgos de la inversión y la supuesta entrega de un tríptico informativo, con remisión incluso a una nota de valores y documento de registro del emisor para que el inversor los consultase en su caso, lo que en nuestra opinión no puede sostenerse desde la aplicación de los controles de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación; el concepto de cláusulas abusivas y la propia figura del «error heteroinducido», existente en estos casos de incumplimiento de deberes de información con clara asimetría informativa.

**ABSTRACT:** Provincial appellate courts have established a clear contradictory doctrine in the Santander securities case, but within that doctrine there is a certain thread of «minor jurisprudence» holding that there is no vice-of-consent error. The argument is that the records sufficiently show that there was a stylised, pre-drafted subscription request in which the signatory declared that he knew how the investment worked and what risks were involved, and that an informative triptych was supposedly delivered, and there is even reference to a securities note and an issuer registration document that the investor could consult should he wish. In our opinion, this argument falls to the floor when faced with controls over the inclusion and transparency of general contract terms and conditions. The concepts of «unfair terms» and «error caused from without» apply in cases such as this, where the duty of information has not been discharged properly and an information asymmetry situation clearly exists.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho de contratos. Orden de suscripción estereotipada. Transparencia de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas abusivas.

**KEY WORDS:** *Contract law. Stylised subscription request. Transparency of general contract terms and conditions. Unfair terms.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. DEL CONTROL DE INCORPORACIÓN Y TRANSPARENCIA DOCUMENTAL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.—III. DEL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DEL MERCADO DE VALORES.—IV. DEL ERROR VICIO DEL CONSENTIMIENTO.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. INTRODUCCIÓN

En un trabajo anterior nos limitábamos a efectuar una exposición del debate en relación a uno de los instrumentos financieros litigiosos, sobre los cuales existe una clara doctrina contradictoria al respecto de nuestras Audiencias Provinciales, es el conocido como «Valores Santander», respecto del que señalábamos que nuestro Tribunal Supremo ya ha procedido a admitir recursos de casación por *interés casacional* en razón de la cuantía (inferior a los 600.000 euros), ante la acción de anulabilidad planteada, mediante las siguientes resoluciones:

- i) Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>) de 3 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 28664)
- ii) Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>) de 3 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 29273)
- iii) Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>) de 4 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 81770)

En relación con el carácter complejo del producto financiero «Valores Santander», este fue destinado a clientes para obtener recursos destinados a la compra del Banco Holandés ABN Amro a través de una OPA, emitiendo un producto cuyas condiciones dependían del éxito de la OPA, de manera que si no se llevaba a efecto, los «Valores Santander» serían una inversión de renta fija con vencimiento a un año. Pero si la OPA se llevaba a cabo, dichos Valores se convertían en Obligaciones Necesariamente Convertibles en acciones Santander, de manera optativa en los períodos anuales establecidos en las condiciones de emisión y obligatoriamente el último año, con un límite de duración de cinco años.

Se estableció un precio de suscripción por cada Valor que en el momento de su conversión en acciones se cambiaría por acciones que se valorarían al 116% de la media aritmética de la cotización media ponderada de la acción durante los cinco días hábiles anteriores a la emisión de las Obligaciones Necesariamente Convertibles, o, «Valores Santander», que era la denominación con que se comercializaron, con lo que la operativa no era la de una simple compra de acciones, puesto que existían otras particularidades que complicaban la aleatoriedad del producto y con ello su comprensión, pues incluso al final del operativo, con la consumación del contrato, la obligación de convertir los Valores en acciones al final del término, se hacía por un precio del 116% de cotización Santander a

17 de septiembre de 2007, con unas variables en relación con la remuneración, no asegurada, que revelaban el carácter complejo y de riesgo que presentaba el producto.

En las sentencias de las Audiencias Provinciales que han negado la apreciación del error vicio en la contratación de los «Valores Santander», se han venido calificando a los mismos, de forma sorprendente, como un producto financiero exento de riesgo y merecedor de una información completa y transparente, assimilándolo a la contratación de acciones cotizadas. Además, esta «jurisprudencia menor» ha sostenido igualmente la inexistencia del error vicio del consentimiento ya que en el proceso correspondiente constaba, siendo suficiente al respecto, la existencia de una orden de suscripción estereotipada y preconstituida en la que el contratante declaraba conocer la operativa y riesgos de la inversión y la supuesta entrega de un tríptico informativo, con remisión incluso a una nota de valores y documento de registro del emisor para que el inversor los consultase en su caso, lo que en nuestra opinión no puede sostenerse desde la aplicación de los controles de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación; el concepto de cláusulas abusivas y la propia figura del «error heteroinducido» al que antes hacía referencia, existente en estos casos de incumplimiento de deberes de información con clara asimetría informativa.

Para un mejor entendimiento del caso, hemos de poner de manifiesto que en las sentencias de apelación que niegan la existencia del error vicio del consentimiento y en relación con el contenido de la Orden de Valores, se expone que:

«el ordenante manifiesta haber recibido y leído, antes de la firma de esta orden, el Tríptico Informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV en fecha 19 de septiembre de 2007, así como que se le ha indicado que el Resumen y el Folleto completo (Nota de Valores y Documento de Registro del Emisor) está a su disposición».

Y en relación con el resto del contenido de la propia Orden de Valores, se observa lo siguiente:

«Asimismo, manifiesta que conoce y entiende las características de los Valores Santander que suscribe, sus complejidades y riesgos, y que, tras haber realizado su propio análisis, ha decidido suscribir el importe que se recoge más arriba, en la casilla «Importe Solicitado».

El ordenante hace constar que recibe copia de la presente orden, que conoce su contenido y trascendencia. Reconoce igualmente que ha sido informado de la tarifa de comisiones y gastos aplicables a la operación y de las vigentes normas sobre fechas de valoración y autoriza a la entidad a asentar los importes en otra cuenta que posea si, en caso de débito, no tuviera saldo disponible en la indicada para atender su liquidación y, en último extremo, a la enajenación de valores en un mercado organizado en la cantidad necesaria para resarcirse de la cantidad que acredeite, así como a reclamar la cantidad adeudada, o la parte de la misma que quede pendiente después de realizar la venta, y sus intereses al tipo publicado por la entidad en cada momento para los descubiertos en cuenta».

Pues bien, al hilo de esta introducción recordatoria, las cuestiones que dejamos planteadas en relación con este caso fueron las siguientes:

i) Si procede la no incorporación (nulidad) del contenido de la orden de valores en cuanto a la declaración del predisponente de que el *Resumen y el Folleto completo (Nota de Valores y Documento de Registro del Emisor)* está a disposición del inversor, por lo que no podría tomarse en consideración ningún elemento de cognoscibilidad por la contratante de cualquier información referida en dicho Resumen y Folleto completo.

ii) Si el hecho de que en la orden de valores exista la manifestación de la recepción del tríptico, implica que la financiera ofreciese una real información de los valores y que la misma se produjera con la antelación suficiente.

iii) Si se impone, en definitiva y en este caso, la presunción de error inválido que se deriva del incumplimiento por la entidad bancaria del deber de información, razón por la que ha de hablarse de «*error heteroinducido*» por la falta de puesta de manifiesto al cliente del riesgo real de la operación.

## II. DEL CONTROL DE INCORPORACIÓN Y TRANSPARENCIA DOCUMENTAL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Hemos de expresar como antecedente, los siguientes pronunciamientos de la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, sobre la apreciación de oficio de la nulidad imperativa de cláusulas abusivas, que expresamente prevén lo siguiente:

110. *En este contexto, como declaramos en la STS 401/2010, de 1 de julio de 2010 (RJ 2010, 6554), RC 2010, 1762, las reglas del mercado se han revelado incapaces por sí solas para erradicar con carácter definitivo la utilización de cláusulas abusivas en la contratación con los consumidores. Por esta razón es preciso articular mecanismos para que las empresas desistan del uso de cláusulas abusivas, lo que nada más puede conseguirse si, como sostiene la Abogado General, en sus conclusiones de 28 de febrero de 2013, DUARTE HUEROS, C-32/12, punto 46, a las empresas no les «trae cuenta» intentar utilizarlas, ya que «de lo contrario, al empresario le resultaría más atractivo usar cláusulas abusivas, con la esperanza de que el consumidor no fuera consciente de los derechos que le confiere la Directiva 1993/13 (LCEur 1993, 1071) y no los invocara en un procedimiento, para lograr que al final, pese a todo, la cláusula abusiva prevaleciera». Puedes citar una sentencia en vez de unas conclusiones de Abogado General, por ejemplo:*

STJUE de 26 de octubre de 2006 (TJCE 2006, 299) (asunto C-168/05, caso MOSTAZA CLARO), «27 A la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha considerado que la facultad del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva —impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva—, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores (sentencias Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citada, apartado 28, y de 21 de noviembre de 2002 [TJCE 2002, 345], Cofidis, C-473/00, Rec. p. I-10875, apartado 32)».

111. *La posibilidad de la intervención del juez, incluso de oficio, se revela así como una herramienta imprescindible para conseguir el efecto útil de la Directiva 1993/13. En este sentido ya el IC 2000 indicaba que [...] la sanción prevista en el apartado 1 del artículo 6 de la Directiva «implica atribuir a las disposiciones*

de la Directiva el carácter de norma «imperativa», de «orden público económico», que tiene que reflejarse en los poderes atribuidos a los órganos jurisdiccionales nacionales». Lo que ha sido recogido por la STJUE ya citada de 4 de junio de 2009 (TJCE 2009, 155), Pannon, apartado 23, según la cual «el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual y que solo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula».

112. Más aún, el principio de efectividad del Derecho de la Unión no solo exige facultar al juez para intervenir de oficio, sino que impone a este el deber de intervenir. Así lo afirma la STJUE ya citada de 4 de junio de 2009 (TJCE 2009, 155), Pannon, apartado 32, según la cual «el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva», para lo que debe intervenir cuando sea preciso ya que «el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello» (SSTJUE ya citadas de 21 de febrero de 2013 [TJCE 2013, 46], Banif Plus Bank Zrt, apartado 23, 14 de junio de 2012 [TJCE 2012, 143], Banco Español de Crédito, apartado 43, y 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 32).

113. Precisamente, por tratarse de una intervención de oficio, no necesita que el consumidor presente una demanda explícita en este sentido, ya que «semejante interpretación excluiría la posibilidad de que el juez nacional apreciara de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual en el marco del examen de la admisibilidad de la demanda de la que conoce y sin petición expresa del consumidor con tal fin» (STJUE ya citada de 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 24).

114. En definitiva, como ha reiterado el TJUE «el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual» (SSTJUE de 6 de octubre de 2009 [TJCE 2009, 309], Asturcom Telecomunicaciones, C40/08, apartado 32, 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, apartado 42+43 y 21 de febrero de 2013, Caso Banif Plus Bank Zrt 23).

115. A esta obligación no es ajeno este Tribunal, ya que la efectividad de la Directiva y la tutela de los intereses de los consumidores frente a las cláusulas abusivas resulta imperativa para la totalidad de los tribunales de la Unión.

(...)

123. No obstante, este límite no entra en juego en los supuestos de nulidad absoluta, ya que en tales casos el Ordenamiento reacciona e impone a los poderes del Estado rechazar de oficio su eficacia, de acuerdo con el clásico principio quod nullum est nullum effectum producit (lo que es nulo no produce ningún efecto), ya que, como afirma la STS 88/2010, de 10 de marzo (RJ 2010, 2337) (RC 2005, 2492) «esa operatividad ipso iure es una de las características de la nulidad absoluta».

124. Tratándose de cláusulas abusivas, como apuntan las conclusiones de la Abogado General de 28 de febrero de 2013 C-32/12, DUARTE HUEROS, punto 37, el principio de eficacia exige que el tribunal nacional interprete las disposiciones nacionales de modo que contribuya a cumplir el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables y «de no ser ello posible, dicho tribunal está obligado a dejar inaplicada, por su propia iniciativa, la disposición nacional contraria, a saber, en el caso de autos, las normas procesales nacionales cuestionadas en el procedimiento principal, que recogen la vinculación estricta a la pretensión deducida», ya que, si

bien el principio de autonomía procesal atribuye a los Estados la regulación del proceso, como indica la STJUE ya citada de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, apartado 46, esta autonomía tiene como límite que tales normas «no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad) (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Mostaza Claro, apartado 24, y Asturcom Telecomunicaciones, apartado 38)».

Pues bien, de acuerdo con lo previsto en los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación para que una condición general quede incorporada al contrato, se requiere por parte del adherente la aceptación de la misma en base a la claridad, carácter completo y legibilidad, así como la entrega de un ejemplar de las condiciones generales de la contratación, debiéndose completar el análisis o control con la cognoscibilidad.

Por otro lado, el artículo 80.1.b) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, exige en cuanto a la cognoscibilidad de las cláusulas no negociadas que conformen el contenido de contratos celebrados con consumidores que han de cumplir con los requisitos de «accesibilidad (...), de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido», por lo tanto si el consumidor adherente no ha tenido posibilidad de conocer esas cláusulas no negociadas no puede considerarse cumplido el requisito de incorporación al contrato.

Además, para los contratos celebrados por escrito, el artículo 80.1.a) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias prevé que las cláusulas no negociadas deben tener «posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual», lo cual incide en que al consumidor adherente ha de habersele proporcionado un ejemplar del condicionado general, para que así forme parte del contrato y se entienda cumplido el requisito de incorporación previsto en el artículo 5.1 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación, debiéndose eliminar pues la validez de las conocidas como «cláusulas de referencia»; siendo que la no incorporación ha de llevar a la nulidad de la correspondiente condición general, ya que gozan del mismo régimen jurídico de conformidad con lo previsto en el artículo 9.1 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación, que prevé lo siguiente: «la declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual».

En conclusión, entendemos que en el caso analizado procede la no incorporación (nulidad) del contenido de la orden de valores en cuanto a la declaración del predisponente de que el *Resumen y el Folleto completo (Nota de Valores y Documento de Registro del Emisor)* está a disposición del inversor, no pudiendo tomarse en consideración ningún elemento de cognoscibilidad por consumidor adherente de cualquier información referida en dicho Resumen y Folleto completo.

Por otro lado, respecto de los requisitos de las condiciones generales del artículo 1 Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación, hemos de traer a colación la STS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088) recurso 485/2012:

«137. La exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes: a) *Contractualidad*: se trata de «cláusulas contractuales» y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión. b) *Predisposición*: la cláusula ha de estar prerrredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión. c) *Imposición*: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes —aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario—, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula. d) *Generalidad*: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse. 138. De otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante: a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor —la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que «la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual», y que «[l]as condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de estos con los consumidores».

Asimismo, como señala la STS de 29 de abril de 2015 (RJ 2015, 2042) recurso 1072/2013:

«Es un hecho notorio que en determinados sectores (bancario, seguros, suministros de energía, teléfono e internet, primera venta de vivienda, etc.) la contratación de las empresas y profesionales con los consumidores y usuarios se realiza mediante el uso de condiciones generales de la contratación predeterminadas e impuestas por la empresa o el profesional. Quien pretende obtener los productos o servicios en estos sectores deberá aceptar las condiciones generales impuestas por el oferente o renunciar a contratar con él. Tal circunstancia no solo resulta corroborada por la constatación empírica, sino que responde también a la propia lógica de la contratación en masa, que no sería posible si cada contrato hubiera de ser negociado individualmente», aunque el que las condiciones generales vengan impuestas por la contratación en masa, no implica su ilicitud, pues como señala la ya citada STS 9 de mayo de 2013 recurso 485/2012 «166. Finalmente, a fin de evitar equívocos, añadiremos que la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio (RJ 2012, 8857), RC 46/2010, se trata de un fenómeno que “comporta en la actualidad un auténtico ‘modo de contratar’, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico”. De tal forma, que ni siquiera cuando la totalidad del contrato hubiera sido predisuelto por una de las partes, ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al empresario diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones, afirmando la STS 99/2009, de 4 de marzo (RJ 2009, 1626), RC

535/2004, que “la calificación como contrato de adhesión [...] no provoca por ello mismo su nulidad”.

*Sin que pueda excluirse la aplicación de la Ley 7/1998 porque se trate de condiciones generales referidas al objeto principal o se trate de cláusulas delimitadoras del riesgo, pues como señala la ya citada STS de 9 de mayo de 2013 «a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo».*

Por lo tanto, al encontrarnos ante condiciones generales de la contratación predispostas o impuestas al consumidor, sin posibilidad de negociación, se deberá efectuar el primer control de transparencia documental (de incorporación o de inclusión), pues como señala la *sentencia núm. 138/2015 del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2015 (RJ 2015, 845), Rec. 1765/2013:*

*«La sentencia núm. 241/2013 basaba dicha exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia «documental» verificable en el control de inclusión (arts. 5.5 y 7 LCGC), en los artículos 80.1 y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLCU), interpretados conforme al artículo 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE».*

De lo que se deriva que el primer control de las condiciones generales (supuesto el de legalidad que en el presente supuesto no es controvertido) es el de transparencia documental, a tenor de los preceptos que se reseñan en la sentencia trascrita.

De igual modo, este primer control de transparencia documental (de incorporación o inclusión) se reitera por la *STS de 23 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5714) recurso 2658/2013*, en sus distintos fundamentos:

*«Pero, se añadía en la citada sentencia núm. 241/2013, con la misma referencia a la sentencia anterior, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia. Como recordamos en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo, ya dijimos en la previa 241/2013 que este doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical [...] Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación —en adelante, LCGC) [...] 3. Las citadas sentencias de esta Sala han basado dicha exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia «documental» verificable en el control de inclusión (arts. 5.5 y 7 LCGC), en los artículos 80.1 y 82.1 TRLCU, interpretados conforme al artículo 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE; y hemos citado a tales efectos lo declarado en la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb AG, respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer «de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensivos».*

*bles, las eventuales modificaciones del coste» [...] 4. En el examen de validez de las condiciones generales insertas en contratos celebrados con consumidores, el primer control es el de incorporación, a fin de comprobar que se cumplen los requisitos para que la cláusula quede incorporada al contrato (aceptación por el adherente, claridad, completitud, legibilidad y entrega de un ejemplar —artículos 5 y 7)...».*

En relación a un contrato de crédito al consumo, la STJUE (Sala Cuarta) de 30 de abril de 2014 ha declarado que:

*«la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no solo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo».*

Es decir, el requisito de la transparencia implica no solo que las cláusulas sean claras sino también comprensibles.

Así pues, resulta abusiva la cláusula de asunción de riesgos, que se considera ficticia. El artículo 89 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias establece que, en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

Es interesante, sobre esta concreta cuestión, la SAP Baleares, sección 3, de 13 de noviembre de 2012 (ROJ SAP IB 2185/2012), que señala que:

*«en la práctica, se suele hacer constar en los contratos que suscriben los consumidores, clientes bancarios o inversores minoristas, manifestaciones formales de haber sido, efectivamente, informados, con lo que se pretende que quede acreditado documentalmente el cumplimiento de las obligaciones legales de información a cargo de las entidades (...) explica que la inclusión en el contrato de una declaración de ciencia en tal sentido en el caso del inversor, básicamente, que conoce los riesgos de la operación— no significa, sin embargo, que se haya prestado al consumidor, cliente o inversor minorista la preceptiva información, no constituye un presunción “iuris et de iure” de haberse cumplido dicha obligación ni de que el inversor, efectivamente conozca los riesgos, último designio de toda la legislación sobre transparencia e información». Distingue a continuación dos contenidos diferentes de los contratos, estrechamente vinculados porque «las declaraciones de ciencia iluminan el curso del proceso mental que concluye con la formación de la voluntad interna expresada en la correspondiente declaración».*

— Las manifestaciones de voluntad, como:

*«exteriorización de un hecho psíquico interno destinado a producir efectos jurídicos de manera que cuando estos son los queridos por el agente nos hallamos ante una declaración de voluntad».*

- La declaración de ciencia, que está dirigida a:

«dejar constancia de una serie de hechos, situaciones o características que han de acompañar a la declaración de voluntad para que esta produzca efectos jurídicos». Lo que distingue la declaración de voluntad de la de ciencia es que esta última, contiene una referencia a la realidad que la primera no precisa: «una declaración de ciencia es, en efecto, una expresión de que el negocio se ha realizado en un determinado contexto, bajo una situación, o tomando en consideración ciertos hechos».

Y continúa la sentencia que se analiza:

*«esta diferencia entre declaración de voluntad y declaración de ciencia, tiene una repercusión en cuanto a los vicios que pueden afectar a una u otra. Así, la declaración de voluntad puede verse afectada por el error vicio de la voluntad que da lugar a la anulabilidad del contrato. En cambio, las declaraciones de ciencia pueden perder eficacia, además de por vicios en el consentimiento, si se demuestra que la correspondencia con la realidad que contienen es inexistente, si el hecho al que se refieren no se dio, si el dato influyente en la conclusión del contrato no existía o era distinto del que se tuvo en cuenta en el momento de celebrarlo».*

En conclusión de lo expuesto relativo al control de transparencia, todo ello conduce a considerar que son nulas las declaraciones de ciencia si se acredita que los hechos a los que se refieren son inexistentes o «ficticios».

Por lo tanto, y en resumen la «declaración de ciencia» que se efectúa en la propia Orden de Valores acerca de las complejidades y riesgos de la inversión puede considerarse nula al consistir en una cláusula abusiva, no solo, por falta de información precontractual, en su caso, de la entidad de crédito comercializadora y por causarle error en la contratación al consumidor contratante, sino porque se trata de una declaración de conformidad sobre un hecho ficticio o inexistente (o al menos no probado en determinados casos analizados), a saber, el cumplimiento de las obligaciones de información precontractual por parte de la entidad comercializadora sobre los valores de riesgo litigiosos, de ahí que la apreciación de tal «declaración de ciencia» por parte de determinadas sentencias desestimatorias de las pretensiones del consumidor adherente hacen que incurran en infracción del artículo 89.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y por tanto en «validar» una cláusula abusiva, que por normativa imperativa y de Orden Público es nula de pleno derecho.

### III. DEL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DEL MERCADO DE VALORES

El hecho de que en la Orden de valores exista la manifestación de la recepción del tríptico, ello no implica por sí solo que la financiera ofreciese una real información de los valores, puesto que de lo contrario supondría una vulneración de la Jurisprudencia del Pleno del Tribunal Supremo, concretamente la establecida en la sentencia núm. 460/2014 de 10 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 5304)

acerca de los requisitos para la apreciación de la nulidad en supuestos conocidos como «pre-MIFID», que aprecia la nulidad de contrato de inversión por vicios del consentimiento, al apreciarse que el incumplimiento por la demandada del nivel de información exigible supone la excusabilidad del error.

«El artículo 79 LMV establece como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de «asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...].».

Dicha previsión normativa desarrolla la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo (LCEur 1993, 1706), sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha Directiva. Los artículos 10 a 12 de la Directiva fijan un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Tras prever en su artículo 11 que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a «informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados [...]; a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes», establece en su artículo 12:

«La empresa deberá indicar a los inversores, antes de entablar con ellos relaciones de negocios, qué fondo de garantía o qué protección equivalente será aplicable, en lo que se refiere a la operación o las operaciones que se contemplen, la cobertura garantizada por uno u otro sistema, o bien que no existe fondo ni indemnización de ningún tipo [...].».

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley del Mercado de Valores. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo (*RCL* 1993, 1560), aplicable por razones temporales, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, 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 estos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo): «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».

La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995 (*RCL 1995, 3013*), que desarrollaba parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993, establecía en su artículo 9: «Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos».

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2014, entre otras, se refiere a la relevancia del deber de información, estableciendo que:

«Según se declaró en la STS núm. 840/2013, la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS núm. 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso núm. 1979/2011, en la que —aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la traspalación al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID— se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión».

Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2015, señala que:

«... hemos dicho en la sentencia del Pleno 491/2015, de 15 de septiembre, con remisión a la sentencia 460/2014, de 10 de septiembre, que con anterioridad a la transposición de la Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores ya daba «una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, 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. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza».

Es decir, la empresa de servicios de inversión ha de informar sobre la exacta significación de los términos de las condiciones generales del producto de inversión contratado.

De hecho, la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013, expresamente se pronuncia al respecto del siguiente tenor literal (FD 6.º):

«Por eso es fundamental que al concertar el contrato las preguntas formuladas al cliente para que defina su perfil de riesgo y los valores de inversión que pueden ser adquiridos sean claras, y que el profesional informe al cliente sobre la exacta significación de los términos de las condiciones generales referidas a dicho extremo y le advierta sobre la existencia de posibles contradicciones que pongan de manifiesto que la información facilitada al cliente no ha sido debidamente comprendida.»

Además, la empresa de servicios de inversión no cumple con haber puesto a disposición la documentación relativa a la inversión del producto financiero complejo contratado, ya que la obligación es de carácter activo, o sea de información real y no mera disponibilidad.

De hecho, la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013, expresamente se pronuncia al respecto del siguiente tenor literal (FD 7.º):

«La obligación de información que establece la normativa legal invocada por los recurrentes es una obligación activa, no de mera disponibilidad».

Se hace preciso recordar que la carga de la prueba, ante la negativa del cliente, corresponde a la parte demandada, pues es el Banco quien tiene la obligación legal de informar a su cliente y por tanto quien tiene la necesidad de probar el cumplimiento de la normativa vigente y el alcance de la información facilitada, es decir, corresponde a la entidad demandada probar que facilitó una información completa y necesaria para que el cliente pudiera prestar su consentimiento sobre el producto que iba a contratar (art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892] y en especial el principio de facilidad probatoria, apartado 7 de dicho artículo), toda vez que es la entidad quien tiene mayores posibilidades de acreditar el alcance y contenido de la información facilitada a la actora, mediante la exhibición y aportación al proceso de los documentos que hubiera empleado a tal fin, en sus manos tiene acreditar haber suministrado una información precontractual fiable.

Por tanto la presumible infracción de la normativa del Mercado de Valores, nos lleva a la doctrina de la STS de 20 de enero de 2014 en el sentido de que *«la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo»*.

#### IV. DEL ERROR VICIO DEL CONSENTIMIENTO

Lejos de repetir los clásicos requisitos del error vicio del consentimiento, la reciente Jurisprudencia recaída en supuestos de contratación de instrumentos financieros, ha perfilado la idea de la *«excusabilidad»* del error.

En la STS de 20 de enero de 2014 se expresa que:

*«si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma compren-*

*sible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».*

Por tanto, el incumplimiento de los deberes de información está íntimamente ligado al requisito de la excusabilidad del error.

STS de 20 de enero de 2014:

«Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del *swap*». Reitera esta consideración expresamente la STS de 10 de septiembre de 2014.

STS de 20 de enero de 2014:

«Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el artículo 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información».

Según la STS de 20 de enero de 2014:

«Sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación. En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia. En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad. En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de ase-

soramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista 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. 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 tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo. En consecuencia, procede desestimar el único motivo de casación porque la sentencia recurrida, al apreciar el error vicio y acordar la anulación del contrato de *swap*, no infringió la normativa MiFID ni la jurisprudencia sobre el error vicio».

STS de 20 de enero de 2014:

«si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».

Como expone VALPUESTA GASTEMINZA<sup>1</sup>, en relación con el análisis jurisprudencial que realiza: «Todo este cúmulo de resoluciones sobre situaciones PreMiFID, además, ha servido para añadir varias precisiones a la formulación inicial de la doctrina del Tribunal Supremo (las cuales también se utilizan en sentencias relativas a contratos realizados vigente y a la normativa MiFID). De ellas, destaca las siguientes. En primer lugar, se desarrolla un poco más la idea de la «excusabilidad» del error. En la STS de 20 de enero de 2014 se había manifestado que «si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente». Como antes señalé, me parece una forma muy poco razonada de obviar, o presuponer, el requisito de la excusabilidad. Pues bien, la jurisprudencia posterior ha desarrollado un poco más la idea, alegando que en estos casos el error ha sido «heteroinducido» por la empresa de inversión, por la omisión de informar al cliente del riesgo real de la operación, por lo cual «no puede hablarse del carácter inexcusable del error, pues [...] la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad» (STS de 15 de octubre de 2015, que se apoya para este aspecto en la STS de 26 de febrero de 2015). La STS de Pleno 30 de junio de 2015 afirma que «El incumplimiento por las demandadas del estándar de información [...] determina que el error de los demandantes sea excusable. Quien ha sufrido

el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba». Me parece que la crítica que realicé sigue sin resolverse. Si la empresa informa bien, y pese a ello el cliente no quiere comprender el producto («no hace caso»), el error es inexcusable. En esto nos hallamos de acuerdo (y por eso, entre otras muchas razones, es bueno informar). Pero el no informar no «induce» necesariamente al error. Si el cliente conoce perfectamente el producto no estará equivocado, pese a la falta de información.

Cuestión distinta es que el cliente «confíe» en la información dada por la entidad (que debe ser completa), y por eso esté justificado que no emplee una diligencia especial en indagar por su cuenta sobre la naturaleza del producto. Pero eso, *per se*, no hace el error excusable, pues todo depende del tipo de producto, de su complejidad, de la formación previa del cliente, etc. Y, por último, también constituye otro problema que la empresa de inversión falsee la información, u oculte información relevante cuando supuestamente informa de todas las características del producto: ahí sí puede coadyuvar al error, pero eso es más bien un dolo y una falsedad, que resulta algo bien distinto, con sus requisitos propios».

Pues bien, la jurisprudencia ha elaborado la categoría del error «*heteroinducido*» por la empresa de inversión, cuando no se informa al inversor de los riesgos de la operación, en cuyo caso «*no puede hablarse del carácter inexcusable del error, pues [...] la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad*» (STS de 15 de octubre de 2015, y 26 de febrero de 2015).

La STS de Pleno 30 junio 2015 afirma que:

*«El incumplimiento por las demandadas del estándar de información [...] determina que el error de los demandantes sea excusable. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba».*

Asimismo, destaca la STS de 10 de noviembre de 2015, en cuanto a la excusabilidad del error, razona que:

«Y como expresamos, igualmente, en la sentencia 769/2014, de 12 de enero 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. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios».

«El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos el deber de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir «orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos», muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. De tal forma que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero».

Por tanto, el error se apreciará claramente, en la medida en que no quede probado que el cliente, que no es inversor profesional, recibiera esta información clara y completa sobre los concretos riesgos, incumbiéndole la carga de la prueba a la entidad comercializadora del instrumento financiero en cuestión.

Además, como ya se aclaró en la sentencia del Tribunal Supremo 840/2013, de 20 de enero de 2014:

«la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente».

En este caso, en cuanto a las generales circunstancias personales del contratante determinadas sentencias de apelación aprecian que esta, si bien no reunían los requisitos que la legislación actual exige para ser considerados clientes profesionales, estaban familiarizados con la contratación bancaria y no eran totalmente ajenos a los contratos parabancarios o servicios de inversión, aunque no consta la información que se le proporcionase sobre la naturaleza y riesgos de dichos productos, debiendo concluirse que el consentimiento de la demandante se encontraba viciado por falta de conocimiento adecuado del producto contratado y de los riesgos asociados al mismo debido al incumplimiento —no acreditado normalmente, de contrario— de los deberes de información que le imponía a la entidad comercializadora la normativa del mercado de valores, en el contexto de las relaciones de confianza que venían manteniendo y que, pese a ello y en todo caso supondrían la necesidad o conveniencia de acudir a un asesoramiento o indagación complementarios, teniendo en cuenta que, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2015 con referencia a lo afirmado en su sentencia 110/2015, de 26 de febrero, cuando se trata de *«error heteroinducido»* por la omisión de informar al cliente del riesgo real de la operación, no puede hablarse del carácter inexcusable del error, pues como declaró esta misma Sala en la sentencia 244/2013, del Pleno, de 18 de abril de 2013, la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad.

Además, el hecho que comúnmente se alega de contrario relativo a que el adquirente de los valores litigiosos tenía también otras inversiones, como dice

la reciente sentencia del TS de 12 de enero de 2015, no le convierte en experto, puesto que —en la generalidad de los casos analizados— no se ha probado que se les diera información adecuada para su contratación.

No probando la entidad bancaria que se le dio al inversor la información exigida por la normativa del mercado de valores, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto del cliente.

La misma sentencia del TS recoge:

«el hecho alegado por el Banco Santander de que la demandante hubiera hecho algunas inversiones, no la convierte en cliente experta, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a la demandante una información adecuada para conocer el producto conociendo y asumiendo los riesgos de una inversión compleja y sin garantías.»

Como afirma la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>) núm. 31/2016 de 4 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 223), «*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*», al pronunciarse del siguiente tenor literal:

«Hemos afirmado en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre (*RJ* 2015, 5600), 633/2015, de 19 de noviembre (*RJ* 2015, 4973), y 651/2015, de 20 de noviembre (*RJ* 2015, 5629), entre otras, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa (ni siquiera los de quien tiene estudios de comercio o de economía, lo que no es el caso puesto que los administradores de CDA eran un odontólogo y su esposa, ambos de avanzada edad), 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 676/2015, de 30 de noviembre [*RJ* 2015, 5466]).»

De esta forma, la obligación de probar el cumplimiento de los deberes de información por parte de la entidad de crédito comercializadora se antepone necesariamente a la obligación de prueba por el consumidor e inversor minorista del error padecido en la contratación del instrumento financiero complejo, tal y como expresan correctamente las sentencias de las Audiencias Provinciales que han estimado la existencia de un error vicio del consentimiento en la adquisición de «Valores Santander», sobre la base del seguimiento de la moderna y correcta jurisprudencia del Tribunal Supremo que analiza en relación con el caso concreto de adquisición de instrumentos financieros complejos los requisitos del error vicio del consentimiento al amparo del cumplimiento de los deberes de información contractual que pesan sobre la empresa de servicios de inversión.

Cabe hablar por tanto en este caso de la existencia de una presunción de error invalidante que se deriva del incumplimiento por la entidad comercializadora del deber de información, lo que nos hace entrar dentro de la categoría del «*error heteroinducido*» al no informarse debidamente al cliente de los riesgos reales de la operación de contratación del instrumento financiero en cuestión. No se trata en el caso de un error de carácter inexcusable —carente de eficacia invalidante— pues como declaró la Sala en la STS de Pleno núm. 244/2013, de 18 de abril (*RJ* 2013, 3387), recurso núm. 1979/2011, la obligación de información

que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad, sin que haya quedado acreditado en muchos de los casos analizados la experiencia previa del inversor en instrumentos financieros complejos.

## V. BIBLIOGRAFÍA

**VALPUESTA GASTEMINZA.** Incumplimiento de normativa comunitaria MIFID en cuanto a los deberes de información y evaluación del cliente: Consecuencias en el ámbito contractual según la Jurisprudencia española. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo de 2016), vol. 8, núm. 1, pp. 271-299.

## VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- ATS (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>) de 3 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 28664)
- ATS (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>) de 3 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 29273)
- ATS (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>) de 4 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 81770)
- STS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088)
- STS de 18 de abril de 2013
- STS de 20 de enero de 2014
- STS de 7 de julio de 2014
- STS de 10 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 5304)
- STJ de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 30 de abril de 2014
- STS de 12 de enero de 2015
- STS de 26 de febrero de 2015
- STS de 29 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 2042)
- STS de 24 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 845)
- STS de 30 de junio de 2015
- STS de 15 de octubre de 2015
- STS de 10 de noviembre de 2015
- STS de 17 de diciembre de 2015
- STS de 23 de diciembre de 2015 (*RJ* 2015, 5714)
- STS de 4 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 223)
- SAP de Baleares, sección 3, de 13 de noviembre de 2012 (ROJ SAP IB 2012, 2185)

## NOTAS

<sup>1</sup> VALPUESTA GASTEMINZA. Incumplimiento de normativa comunitaria MIFID en cuanto a los deberes de información y evaluación del cliente: Consecuencias en el ámbito contractual según la Jurisprudencia española. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo de 2016), vol. 8, núm. 1, pp. 271-299.