

**ARGUMENTOS PARA UN RECURSO DE CASACION SOBRE EL ERROR AL
CONTRATAR PRODUCTOS
FINANCIEROS COMPLEJOS**

Ricard Tàsies.

Tàsies Abogados

Publicado en Diario La Ley, nº 8644, 12 de noviembre de 2015.

SUMARIO

I. DOGMATICA DEL ERROR EN EL CONSENTIMIENTO.

1. Error en el consentimiento en términos generales.

1.1. El error vicio.

1.2. El error obstativo.

2. Error excusable y diligencia.

3. Dolo causante y reticente determinante del error por falta de información suficiente de la entidad financiera.

II. RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN PROCESAL.

2.1. Ámbito del recurso de casación por infracción procesal.

2.2. Razonamientos concretos de sentencias que pueden combatirse en el recurso.

III. RECURSO DE CASACIÓN POR INTERÉS CASACIONAL AL EXISTIR JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES.

3.1. El interés casacional y la «excepción de notoriedad».

3.2. Interés casacional por vulnerar la doctrina del Tribunal Supremo.

3.3. Doctrina del TS sobre el error como vicio en el consentimiento. Sentencia del Pleno.

IV. MOTIVACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

4.1. Argumentos sobre el motivo de casación por infracción de los artículos 1265 y 1266 CC, sobre el existe error en el consentimiento.

4.2. Argumentos sobre el motivo de casación por infracción de los artículos 79 y 79 bis 3 LMV y artículo 64 del RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre la exigencia de información contractual exigible.

4.3. Argumentos sobre el motivo de casación por infracción del artículo 1311 CC relativo a la confirmación tácita de los contratos como fuerza convalidante del negocio jurídico nulo.

4.4.- Análisis de la aplicabilidad de las disposiciones de la Unión Europea no transpuestas en plazo. Especial referencia a la Directiva 2004/39/CE y a los principios de derecho europeo.

I.- DOGMATICA DEL ERROR EN EL CONSENTIMIENTO.

1.- Error en el consentimiento en términos generales.

Entre los requisitos esenciales de todo contrato del artículo 1261 CC se encuentra el consentimiento de los contratantes que «*se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa del contrato*» (artículo 1262 CC), siendo «*nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo*» (artículo 1265 CC). Para que el error invalide el consentimiento «*deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto el contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo*» (artículo 1266 CC).

En definitiva, el error, para ser invalidante, debe recaer sobre un elemento esencial del negocio y además debe ser excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. El requisito de la excusabilidad tiene por finalidad impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando aquél no merece esa protección por su conducta negligente¹.

1.1. El error vicio.

La doctrina suele distinguir entre el *error propio* o *error vicio* y el *error obstativo* o *impropio*. El *error propio* o *error vicio* recae sobre la voluntad, lo que determina un falso conocimiento del negocio jurídico y hace que la voluntad para contratar esté absolutamente viciada.

El *error vicio* puede ser *esencial* o *accidental* en función de su contenido material. Así, respecto al error *esencial*, cabe diferenciar entre el error *in negotio* —al que se refiere el artículo 1261 CC, y que determina la nulidad radical del acto jurídico impugnado—, y el error *in substantia* —que posibilita la anulabilidad del negocio². El error accidental versa sobre las cualidades secundarias de la relación jurídica y, en principio, no afecta a la validez del negocio jurídico.

1.2. El error obstativo.

El llamado *error impropio* o *error obstativo* tiene lugar cuando, teniendo el sujeto perfecto conocimiento de la cosa objeto del contrato, la declaración que se presta es otra contraria o diferente. A este respecto nuestro código no distingue claramente entre la voluntad real y la declarada, si bien el artículo 1300 CC concede la «anula-

¹ SSTS de 12 de julio de 2002 (LA LEY 310/2003), 24 de enero de 2003 (LA LEY 12063/2003), 17 de julio de 2006 (LA LEY 873/2006), entre otras.

² Siempre que se solicite dentro del plazo de caducidad de cuatro años, y siendo la «sustancia» una noción subjetiva reflejada en el artículo 1266 CC en el sentido de materia concreta que constituye la cosa objeto del contrato,

bilidad» del negocio en caso de declaración no coincidente entre la real y la declarada.

Tanto en un caso como en el otro el perjudicado puede impugnar el negocio jurídico y, por supuesto, esta impugnación puede afectar a la declaración de nulidad de aquél. Nuestro ordenamiento no diferencia entre una clase de error y la otra (como hacen otras legislaciones como la alemana, suiza e italiana), aunque es indudable que produce los mismos efectos respecto de la nulidad del negocio concertado.

Lo que parece más acertado es que el *error propio* o *error vicio* puede, *ex* artículo 1261, determinar la «nulidad radical» de lo convenido por error *in negotio*, o su «anulabilidad» por error *in substantia*; por ello, cuando el error recae sobre el negocio en sí mismo, su nulidad es total y absoluta. Por el contrario, el *error obstativo* parece decantarse siempre por la «anulabilidad» si existe prueba de la divergencia entre la voluntad real y la declarada³.

Pero lo que es más determinante en uno u otro es que tanto el *error vicio* como el *error obstativo* no producen efectos respecto a la ineficacia del negocio jurídico si el error pudo ser evitado por quien lo alega empleando una diligencia regular o media. Es ahí, precisamente, donde despliega todos sus efectos la teoría del error invencible o excusable.

2. Error excusable y diligencia.

A la hora de apreciar la excusabilidad del error la jurisprudencia atiende al criterio de la imputabilidad a quien lo invoca y a la diligencia exigible, con la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente exigible. La diligencia se aprecia, además, teniendo en cuenta las condiciones de las personas, siendo exigible mayor diligencia cuando se trate de un profesional o de un experto que cuando se trate de persona inexperta que contrate con otra experta.

Para calibrar esta diligencia hay que valorar si la entidad financiera cumplió con sus deberes de asesoramiento al cliente, pues normalmente estos supuestos de error se dan en la contratación de productos financieros complejos, y la carga de probar este asesoramiento pesa sobre la entidad financiera⁴. Es cierto que a éstas no le son exigibles unos deberes de fidelidad que antepongan el interés del cliente al suyo pro-

³ Como razona la STS de 22 de diciembre de 1999 (LA LEY 2079/2001) «el error obstativo es un caso de falta de coincidencia entre voluntad y declaración, en el negocio jurídico, con la característica de que tal desacuerdo es inconsciente y, como consecuencia, excluye la voluntad interna real y hace que el negocio jurídico sea inexistente.»

⁴ Véanse, a título de ejemplo, los razonamientos de la SAP de Pontevedra de 7 de abril de 2010 (LA LEY 53926/2010), que insiste en la mayor ventaja de las entidades financieras al disponer de medios importante para conocer de forma privilegiada los mecanismos del mercado financieros. En concreto para los mercados de swap y ante el desplome de los tipos de interés, considera que «comporta para los clientes inexpertos o cuando menos no catalogables como profesionales, ajenos a tales previsiones bajistas, una situación de desequilibrio en cuanto al cabal conocimiento de los riesgos que conlleva el tipo de operación comercial en cuestión».

pio. Tratándose de un contrato sinalagmático, regido por el intercambio de prestaciones, cada parte velará por su propio interés. Pero eso nada empece que deba exigirse a la entidad financiera un deber de lealtad hacia el cliente conforme a la buena fe contractual (artículo 7 CC), singularmente en cuanto a la información precontractual necesaria para que aquél pueda decidir sobre la celebración del contrato con adecuado y suficiente conocimiento de causa (artículo 79 bis LMV).

3. Dolo causante y reticente determinante del error por falta de información suficiente de la entidad financiera.

En la impugnación de contratos sobre productos financieros complejos suele darse el supuesto —diríamos que en la inmensa mayoría— de error en el consentimiento. Pero también es posible la existencia de dolo, quizás no como causa eficiente pero sí como causa material; y este dolo consiste en la omisión de información sobre las circunstancias esenciales del negocio. Es lo que la doctrina entiende como *dolo causante* y *reticente* y se produce al no ser el cliente debidamente informado acerca de, por ejemplo, la posible evolución del Euríbor o de los costes de cancelación anticipada en un contrato de permuta financiera⁵.

Existen dos clases de dolo diferenciado por la gravedad de las insidias: el *dolus causam dans*, es decir, el «dolo causante», y el *dolus incidens*, o sea, el «dolo incidental». El primero es aquel en que la causa determinante de la nulidad del contrato es la maquinación, ya que sin ella no se hubiese celebrado (artículo 1269 CC), mientras que el segundo únicamente afecta a una modalidad, cláusula o aspecto parcial del contrato y no produce la nulidad del mismo sino solo el derecho a ser indemnizado en los daños y perjuicios (artículo 1270 CC).

La existencia de dolo en su vertiente más grave, es decir, «dolo causante», debe comportar —en aplicación de los artículos 1269 y 1265 CC— la anulación del contrato. Y habrá esta clase de dolo cuando la entidad financiera incumpla el deber de información sobre todas las circunstancias que pudiesen ayudar a conformar la voluntad contractual del cliente, por aplicación del principio de la buena fe contractual y de la mutua confianza entre cliente y banco.

II.- RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN PROCESAL.

2. Ámbito del recurso de casación por infracción procesal.

⁵ Puede darse una conducta insidiosa e intencionada por parte de la entidad bancaria «dirigida a provocar la declaración negocial, utilizando las palabras o maquinaciones adecuadas, y quedando la voluntad del declarante viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento de causa del engaño» según las SSTS de 29 de marzo de 1994 (LA LEY 16091-R/1994) y 22 de enero de 1998 (LA LEY 2935/1998).

Si la sentencia de apelación contiene una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supere el examen de razonabilidad constitucionalmente exigible, puede alegarse infracción procesal respecto a la práctica de la prueba y su consiguiente valoración, al amparo del artículo 469 1.4º LEC, en relación con el artículo 24.1 CE y los artículos 316, 326 y 376 LEC y jurisprudencia que los desarrolla

Obviamente no se trata de una tercera instancia pero se puede denunciar la errónea valoración de la prueba al amparo del artículo 469 1.4.º LEC, por ser, arbitraria, ilógica o absurda, en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, y ello porque, en definitiva, la existencia de un error vicio del consentimiento susceptible de implicar la declaración de nulidad de un contrato es fundamentalmente una operación de valoración jurídica⁶.

La reforma del recurso de casación supuso el desglose del recurso en dos: uno por infracción de normas sustantivas y otra por infracción de normas procesales, siendo el primero el recurso de casación propiamente dicho, y que se sustancia en base a las causas del artículo 469.1 LEC, contempladas ya en el antiguo artículo 1692 LEC, al que se añadió la vulneración de los derechos fundamentales del artículo 24 CE. Habrá lugar, pues, a la casación cuando exista infracción de normas para resolver el proceso (artículo 477.1 LEC). De esta forma, el recurso extraordinario por infracción procesal procederá cuando se alegue quebrantamiento de normas procesales o constitucionales, pero no por la vulneración de normas sustantivas.

3. Razonamientos concretos de sentencias que pueden combatirse en el recurso.

Muchas sentencias favorables a las entidades financieras contienen razonamientos que, dejando a salvo siempre el caso concreto enjuiciado, resultan ser equivocados.

Por ejemplo, manifestar (la sentencia) que en la documentación contractual y en el folleto informativo ya consta toda la información esencial para comprender la naturaleza y riesgos asociados al producto, tales como las prestaciones de cada una de las partes, escenarios, riesgos o cancelación a precio de mercado, estando todo ello sujeto a resultados aleatorios dada la inestabilidad del índice que se tomaba como referencia. No obstante, el Banco de España considera que las empresas que prestan servicios de inversión «deben estar en condiciones de acreditar que se entregó con carácter previo a la contratación la documentación informativa que contenga una explicación detallada del producto y de sus riesgos. Cuando la entidad financiera no pueda acreditarlo, se entenderá que dicha información no fue entregada.⁷»

También suelen argumentar algunas sentencias que el cliente tiene «experiencia previa» al haber suscrito varios contratos bancarios, préstamos hipotecarios u algún contrato de permuta financiera. Estos razonamientos se apoyan en una valoración probatoria carente de lógica porque las circunstancias del error pueden variar de un

⁶ Si bien la determinación de los hechos en los que la sentencia de apelación basa la consideración del vicio del consentimiento no puede ser variada en casación, el recurso de infracción procesal permite revisar esta estimación jurídica (SSTS de 18 de febrero de 1985, 4 de diciembre de 1985, de 30 de diciembre de 2004, de 29 de marzo de 2010).

⁷ *Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2008*, Unidad de Publicaciones, Madrid 2008, pág.135.

contrato a otro. Es obvio que de la firma de otros productos por un cliente minorista no puede derivarse necesariamente la capacidad y conocimientos técnicos suficientes. Además, la prueba sobre la realidad y contenido de la información facilitada al cliente recae en la entidad financiera atendiendo al principio de facilidad probatoria del artículo 217 LEC.

III. RECURSO DE CASACIÓN POR INTERÉS CASACIONAL AL EXISTIR JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES.

El «interés casacional» debe basarse en la existencia de dos líneas jurisprudenciales contradictorias de audiencias provinciales que, partiendo de supuestos fácticos similares, resuelvan de forma opuesta respecto de la suficiencia de la información contenida en los contratos sobre el producto, su funcionamiento y las advertencias relativas a sus riesgos, susceptible todo ello de inducir a error al cliente.

En este aspecto no se pueden dar más que orientaciones generales, reservando la casuística para cada caso concreto⁸. Ténganse en cuenta las rigurosas exigencias de esta modalidad casacional: deben citarse dos sentencias firmes de Audiencias Provinciales, dos de una sección y dos de otra, o de la misma sección si no hay más; en el caso de citarse más sentencias se tomarán en consideración las más recientes.

Es imprescindible analizar la *ratio decidendi* de la sentencia y el punto o puntos concretos de disidencia, así como aclarar debidamente la identidad de supuestos entre la sentencia recurrida y las que se invoquen como contradictorias entre sí.

3.1. El interés casacional y la «excepción de notoriedad».

Dejando al margen la cuantía del proceso como frontera para el acceso a la casación, es frecuente recurrir por interés casacional por la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Hay que precisar que la alegación de existencia de jurisprudencia contradictoria no permite, por sí misma, el acceso al recurso sino que debe darse la «*excepción de*

⁸ A título de ejemplo y a efectos ilustrativos pueden consultarse las siguientes sentencias contradictorias entre sí: 1.- Sentencias que estiman el error vicio del consentimiento en asuntos idénticos: SAP Barcelona, sección 11ª, de 7 de febrero de 2013 (LA LEY 20003/2013); *idem*, sección 4ª, de 9 de noviembre de 2012 (LA LEY 229857/2012); *idem*, sección 1ª, de 9 de noviembre de 2012 (LA LEY 211139/2012); SAP de Toledo, de 27 de septiembre de 2012 (LA LEY 17553/2012); SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 2 de junio de 2011 (LA LEY 223702/2011). 2.- Sentencias que desestiman el error vicio en el consentimiento en asuntos idénticos: SAP de Barcelona, sección 1ª, de 12 de febrero de 2013 (LA LEY 31606/2013); *idem*, sección 14ª, de 28 de enero de 2013 (LA LEY 8866/2013); *idem*, sección 16ª, de 26 de febrero de 2013 (LA LEY 2062/2013); SAP de Valencia, de 5 abril de 2011 (LA LEY 37816/2011); SAP de Valladolid, de 27 de junio de 2011 (LA LEY 127460/2011).

notoriedad»⁹, y que para que opere esta excepción el recurrente en casación debe haber concretado correctamente el problema jurídico sustantivo, ya que es indispensable comprobar que sobre la cuestión no existe jurisprudencia del Supremo. En palabras del propio Tribunal «esta alegación no puede ser utilizada para eludir la carga de justificar el elemento del interés casacional.»¹⁰

3.2. Interés casacional por vulnerar la doctrina del Tribunal Supremo.

El concepto de interés casacional lo determina el artículo 477.3 LEC¹¹, y procede cuando existe infracción de la doctrina del jurisprudencial del Tribunal Supremo, siendo obligatorio citar dos sentencias de la Sala Primera o una sola sentencia del Pleno de la Sala Primera, siendo excepcional la alegación de ser necesario la modificación de la jurisprudencia por cambio de la realidad social o de una opinión mayoritaria de la doctrina.

Se exige razonar de qué forma y en qué sentido ha sido vulnerada la doctrina en cada sentencia; y no basta con mencionarla sino que debe razonarse tal vulneración, siendo tal defecto completamente insubsanable en orden a su admisión.

3.3. Doctrina del TS sobre el error como vicio en el consentimiento. Sentencia del Pleno de 20 de enero de 2014 (LA LEY 3315/2014).

Sobre el error como vicio de consentimiento en concreto y los requisitos que deben concurrir para su estimación al amparo de lo dispuesto en los artículos 1265 y 1266 CC, es determinante la doctrina sobre el deber de información contenida en la sentencia del pleno del TS de 20 de enero de 2014 (LA LEY 3315/2014) que atañe a los contratos sobre error en el consentimiento en la contratación de productos complejos.

La doctrina sentada por esta sentencia, en su FJ 5º, es la siguiente:

⁹ Véase el Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 30 de diciembre de 2011 (pág. 16): «Es admisible el recurso de casación cuando, a criterio de la Sala Primera del TS, conste de manera notoria la existencia de jurisprudencia contradictoria de las AAPP sobre el problema jurídico planteado, para ello es necesario que el problema jurídico haya sido debidamente puntualizado por la parte recurrente y se haya justificado la existencia de un criterio dispar entre AAPP mediante la cita de sentencias contrapuestas.»

¹⁰ Como ya ha declarado el TS en ATS de 3 de septiembre de 2013, recurso 840/2012 (LA LEY 138879/2013).

¹¹ Complementado por los criterios de la propia Sala Primera del Tribunal Supremo, en el texto *Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, de 30 de diciembre de 2011, desarrollados a partir de la entrada en vigor de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de agilización procesal, que modificó de manera sustancial la regulación en la LEC de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal

- i. Delimitación del servicio de inversión consistente en asesoramiento financiero y diferenciación de los supuestos de mera información sobre los instrumentos financieros.
- ii. Delimitación de los supuestos de realización de test de idoneidad y test de conveniencia.
- iii. Consecuencias de la ausencia de formalidades específicas para la realización del test de conveniencia
- iv. Sobre la pretendida eficacia liberatoria para el banco de la comunicación realizada al cliente sobre el resultado desfavorable y la conveniencia del instrumento financiero para el cliente.
- v. Sobre el deber de informar y el error vicio.
- vi. Sobre el deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe.
- vii. Sobre la aplicación de los Principios de Derecho Europeo de Contratos

En cuanto a la normativa específica aplicable al contrato *swap*, por ejemplo, el TS reconoce que existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, así como una evidente complejidad contractual, lo que determina la necesidad de una adecuada protección del cliente. El alcance de los deberes de información y asesoramiento en estos contratos es obvia por cuanto las entidades financieras «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.»

Existe el deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe (artículo 7 CC) y proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar. La entidad financiera debe proporcionar al cliente «de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión, que deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias.»

En otras palabras: desconocer los riesgos asociados al producto financiero 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.»

IV. MOTIVACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

La motivación del recurso exige no tanto la cita de los preceptos legales que se consideren infringidos, sino también razonar cumplidamente por qué o en qué sentido se ha producido la vulneración. Tiene que ser el interesado en recurrir quien aporte sus argumentos sobre la infracción, sin permitirse que sea el Tribunal quien lo descubra, siendo, en consecuencia, inaplicable el principio «*iura novit curia*» en el trámite casacional.

4.1. Argumentos sobre el motivo de casación por infracción de los artículos 1265 y 1266 CC, sobre el error en el consentimiento.

Es sentada jurisprudencia la que establece que existe un vicio de error en el consentimiento cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la prestación del consentimiento es errónea. No obstante, en observancia del principio *pacta sunt servanda*, se exigen una serie de requisitos para que dicho vicio invalide el consentimiento.

Dispone el artículo 1266 CC que para invalidar el consentimiento el error debe recaer sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato, es decir, el motivo concreto que supuso la causa de la prestación del consentimiento en el instante de perfección del contrato. Lo determinante para apreciar el error vicio es que el desarrollo de la relación contractual ha de ser *contradictorio con la representación mental creada por uno de los contratantes*.

Además, si bien el 1266 CC no hace referencia a ello, la jurisprudencia ha establecido el requisito de excusabilidad del error, es decir, que el error no sea imputable a la persona que lo alega, siempre que ésta haya actuado con la diligencia que le es exigible.

4.2. Argumentos sobre el motivo de casación por infracción de los artículos 79 y 79 bis 3 LMV y artículo 64 del RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre la exigencia de información contractual exigible.

En los contratos sobre productos financieros complejos el tipo de relación que une a las partes es especial por estar embebido de un asesoramiento indudable. El artículo 4.4 de la Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento como «la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros.»

Por su parte, el artículo 52 de la Directiva 2006/73/CE dice que se «entenderá como recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor.» Por tanto, no se entenderá como recomendación personalizada aquella que se divulgue exclusivamente a través de canales de distribución. Y al tratarse de una *recomendación personalizada*, la relación que une a las partes es una relación de asesoramiento en materia de inversión.

La normativa citada se aprobó para proteger a los clientes minoristas no profesionales del proveedor de servicios financieros ante la complejidad de tales productos y la asimetría informativa en su contratación. Las entidades de crédito que comercializan productos de alta complejidad prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera información de productos financieros, ayudándolo a interpretar la información facilitada y a tomar la decisión de contratar el producto.

El artículo 79.3 LMV presupone la necesidad de que cliente minorista al que se le ofrece la contratación de un producto complejo conozca los riesgos asociados al mismo, de forma que su consentimiento sea prestado de forma válida y no esté vi-

ciado por error. Para salvar esta falta de información, se impone a la entidad el deber de suministrársela. Por su parte, el artículo 64 del Real Decreto 217/2008 establece cómo debe ser la información que se proporcione a los clientes: ha de contener una descripción de la naturaleza del producto y advertencias detalladas sobre sus riesgos, incluyendo «una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas.»

4.3. Argumentos sobre el motivo de casación por infracción del artículo 1311 CC relativo a la confirmación tácita de los contratos como fuerza convalidante del negocio jurídico nulo.

Algunas sentencias entienden que hay una confirmación tácita del contrato por el hecho de consentir el cliente una o varias liquidaciones positivas. Este argumento no es consistente por cuanto es usual (de hecho es algo generalizado) que el cliente ignore la existencia de una causa de nulidad hasta en tanto no se apercibe de la posibilidad de reclamar judicialmente, que es cuando jurídicamente toma consciencia de la posible nulidad contractual. El artículo 1311 CC entiende que «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 tácita, en opinión de PARRA LUCÁN¹², «se manifiesta a través de hechos concluyentes, es decir, de un comportamiento no dirigido a expresar la voluntad de confirmar, pero del que se infiere inequívocamente la existencia de ésta. La convalidación del contrato anulable es, por tanto, también en caso de confirmación tácita, un efecto negocial; y, consecuentemente, se exigirán los mismos requisitos que en la expresa.»

Para que haya el «cese de la causa» del artículo 1311 CC se requiere que haya concluido el contrato, por lo que no puede entenderse confirmado un contrato sino cuando *cesa la causa del vicio* que podría anularlo. La confirmación sólo puede tener objeto y ser eficaz cuando todavía no ha caducado la acción. Tratándose normalmente de contratos con prestaciones periódicas, por mor del artículo 1301 CC la caducidad debe computarse a partir de su vencimiento.

4.4. Análisis de la aplicabilidad de las disposiciones de la Unión Europea no transpuestas en plazo. Especial referencia a la Directiva 2004/39/CE y a los principios de derecho europeo.

La Ley 47/2007, de 19 de diciembre modificó la LMV de 28 de julio de 1988, así como su capítulo I del título VII relativo a las normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión, ello como consecuencia de la incorporación

¹² Véase la monografía sobre la materia de PARRA LUCÁN, M^a ÁNGELES, *Las nulidades de los contratos* (junto a J. Delgado), Dykinson, 2005.

al ordenamiento español de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 (sobre los mercados de instrumentos financieros); la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006 (por la que se aplica la directiva anterior); y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006 (de adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito).

En ocasiones hemos visto que el contrato anulable de productos financieros complejos se ha otorgado antes de que se haya adaptado la legislación interna a la Directiva 2004/39/CE, habiendo transcurrido sobradamente el plazo legal para ello. El artículo 70 de la directiva estableció un plazo de dos años para su incorporación, que no fue cumplido por el Estado español hasta el 19 de diciembre de 2007¹³.

La cuestión del efecto directo entre particulares de una Directiva no transpuesta en el plazo establecido entre particulares (entre particulares y el Estado miembro el efecto directo es incuestionable), ha sido tratada por la jurisprudencia del TJCE, que ha señalado a los Estados como garantes de los ciudadanos en orden a hacer efectiva la Directiva y, consecuentemente, a proteger los derechos de los particulares que nazcan de dichas Directivas, incluidos los jueces nacionales.

En una acción ante los tribunales interviene siempre el Estado a través de sus jueces, y aquél está obligado proporcionar el resultado querido por de la Directiva. Si la Directiva no se ha transpuesto en tiempo oportuno, el Estado (sus jueces, en este caso) deben aplicar la Directiva como si se hubiera transpuesto, de forma que sea contemplada en el litigio para que aquella Directiva alcance sus fines, porque los jueces nacionales no pueden dictar sentencias contraviniendo una disposición comunitaria obligatoria¹⁴.

Así lo ha entendido, por ejemplo, la SAP de Gerona, sección 1ª, de 7 de noviembre de 2011, que razonaba sobre la necesidad de las entidades bancarias de obtener información adecuada de las necesidades financieras del cliente y a ofrecerle información comprensible y completa, resaltando que «es claro que el Real Decreto citado [217/2008] puede ser aplicado e interpretado de acuerdo con la Directiva 2004/39/CE más precisa en la regulación de dichos dos principios, pues en definitiva, ambas obligaciones ya las instauraba dicho Real Decreto.»

En cuanto a los Principios de Derecho Europeo de Contratos¹⁵ es obvio que la doctrina al respecto de nuestros tribunales debe integrarse con tales principios, por otra parte directamente aplicables a nuestro ordenamiento jurídico. En concreto los artículos 4:103 y 4:107 sobre el error esencial de hecho o de derecho.

¹³ Dicha Directiva se publicó en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el día 30 de abril del 2004.

¹⁴ Cfr. el artículo 5 del TCEE, «[...] los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad.»

¹⁵ *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2000, págs. 1-93.

La STS, Sala 1ª de 17 de diciembre de 2008 abona en esta función integradora e interpretativa de los Principios cuando dice: «[...] utilizando a estos efectos, como ya ha ocurrido en otras sentencias de esta Sala (SSTS de 10-10-2005, 4-4-2006, 20-7-2006, 31-10-2006, 22-12-2006 y 20-7-2007), el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL) permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil.»

Por aplicación de estos principios sobre el error y el dolo (que no difieren, de hecho, en nada de lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico) queda, a nuestro criterio, perfectamente integrado el supuesto legal determinante de la nulidad del acto jurídico que se impugne.

La sentencia citada hace notar que en los supuestos de error en el consentimiento debe aplicarse el artículo 4:103 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos, «que vienen siendo utilizados por la Sala 1ª del Tribunal Supremo como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil (entre otras, STS, Sala 1ª, 17 diciembre 2008), reconociendo tal precepto el derecho de las partes de anular el contrato cuando haya sufrido un error como consecuencia de la información facilitada por la otra parte, siempre que la parte inducida a error no hubiera celebrado el contrato en caso de haber obtenido una información adecuada».

Por aplicación de tales principios se llega, igualmente que a través de la legislación española, a apreciar el error como vicio del consentimiento cuando la voluntad negocial se ha formado en base a una información parcial e insuficiente que induzca al cliente a error el celebrar el contrato.