

## CONTRATOS BANCARIOS. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO INVALIDANTES DEL CONTRATO

**M.<sup>a</sup> del Mar Cabrejas Guijarro**

*Magistrada del Juzgado n.º 55 de Primera Instancia de Madrid*

---

### EXTRACTO

En supuestos como el que nos ocupa, donde un cliente contrata con una entidad bancaria un producto complejo, y con posterioridad solicita la declaración de nulidad del contrato por concurrir la falta de información suficiente y adecuada, el error invalidante, generador de vicio del consentimiento, supone que la carga probatoria de dicho error se altera.

**Palabras claves:** contrato bancario, nulidad de contrato, vicio del consentimiento y carga de la prueba.

---

*Fecha de entrada: 13-02-2013 / Fecha de aceptación: 14-02-2013*

## BANK CONTRACTS. VICES OF THE DISABLING ASSENT OF THE CONTRACT

---

### ABSTRACT

In cases such as the present one, where a customer contracts with a bank a complex product, and after requesting the declaration of invalidity of the contract by attending lack of sufficient and appropriate information, error generator crippling defect of consent, assumed the burden of proof of such error is altered.

**Keywords:** banking contract, nullity of contract, vice of consent and burden of proof.

## **ENUNCIADO**

Habiéndose concertado con una entidad bancaria un contrato de un producto financiero complejo, se interpone demanda interesando la declaración de nulidad del mismo alegando la concurrencia de un vicio en el consentimiento invalidante en tanto invencible, habiéndose producido una doctrina jurisprudencial que invierte la carga probatoria en tales supuestos exigiendo a la entidad bancaria la acreditación de la información suficiente que imposibilite la apreciación del error.

### *Cuestiones planteadas:*

- Nulidad del contrato.
- Vicio del consentimiento: error invencible.
- Carga de la prueba en nulidad de contratos bancarios y productos financieros complejos.

## **SOLUCIÓN**

Se solicita por la parte actora que se declare la nulidad de un marco de operaciones financieras y la consiguiente confirmación de permuta financiera de tipos de interés, y ello por alegar haber sufrido un vicio en su consentimiento ante la falta de una información completa y adecuada a su perfil, conocimiento y experiencia en productos financieros complejos.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1996 establece que: «Para que el error en el consentimiento invalide el contrato conforme a lo dispuesto en el artículo 1.266 del Código Civil es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar, que no sea imputable a quien lo padece y que exista un nexo casual entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio concertado».

En la misma línea y parecidos términos se insiste en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1998: «Para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo

dispuesto en el artículo 1.265 del Código Civil es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado lugar a su celebración, que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar, que no sea imputable a quien lo padece y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado. Dicho de otro modo, el error para invalidar el contrato ha de ser esencial y excusable. Es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, cuestión que ha de apreciarse valorando todas las circunstancias que concurren en el caso concreto, incluso las personales de cada contratante. Con ello se trata de impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece esa protección por ser imputable el error padecido a su conducta negligente».

Los requisitos que ha de reunir el error invalidante son puestos de relieve por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2000, cuando dice que «se da una situación de error invalidante del consentimiento por concurrir en el caso los requisitos que el artículo 1.266 y la jurisprudencia (entre otras, Ss. de 18 de febrero de 1994, 14 de julio de 1995, 28 de septiembre de 1996 y 6 de febrero de 1998) exigen al respecto: recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quien lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular (Ss. de 14 y 18 de febrero de 1994, y 11 de mayo de 1998)». Según la doctrina de esta Sala, la excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, cuando este no merece esta protección por su conducta negligente (SSTS de 4 de enero de 1982 y 28 de septiembre de 1986).

La excusabilidad del error implica que puedan trasladarse sobre el otro contratante las consecuencias del error; así, ha de valorarse la excusa de la parte no afectada por el error, en este caso la entidad financiera.

En los procedimientos como el que nos ocupa, en los que los clientes de entidades bancarias han adquirido productos financieros complejos, se ha venido desarrollando una alteración en los principios de distribución de la carga probatoria a la hora de acreditar la concurrencia de error invencible como vicio del consentimiento válido y suficiente para provocar la declaración de nulidad del contrato.

Como destaca la Audiencia Provincial de Asturias en Sentencia de 27 de enero de 2010 en su Sección 5.ª: «El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad es tanto lograr la eficiencia del sistema bancario, como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. En este sentido, es obligada la cita del artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito, y su desarrollo; pero la que real y efecti-

vamente conviene al caso es la de Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV) al venir considerada por el Banco de España y la CMV incurso la operación litigiosa dentro de su ámbito (mercado secundario de valores, futuros y opciones y operaciones financieras, art. 2 de la LMV). Examinada la normativa del mercado de valores, sorprende positivamente la protección dispensada al cliente dada la complejidad de ese mercado y el propósito decidido de que se desarrolle con transparencia; pero sorprende, sobre todo, lo prolijo del desarrollo normativo sobre el trato que se debe dispensar al cliente, con especial incidencia en la fase precontractual. Este desarrollo ha sido tanto más exhaustivo con el discurrir del tiempo y así, si el artículo 79 de la LMV, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses del cliente como propios (letras IA e IC), el Real Decreto 629/1993 concretó aún más, desarrollando en su anexo un código de conducta presidido por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del anexo 1), como frente al cliente (art. 5), proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquel de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva" (art. 5.3). Dicho Decreto fue derogado, pero la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley del mercado de valores, que continuó con el desarrollo normativo de protección del cliente introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis); reiteró el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios e introdujo el artículo 79 bis, que regula exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los potenciales; entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda "tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa", debiendo incluir en la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (art. 79, bis núms. 3, 4 y 7). Luego, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, no ha hecho más que insistir, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como contractual (arts. 60 y ss., en especial el 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros)».

Pues bien, en atención a la carga de la prueba del error invalidante del consentimiento, en casos como el presente, la jurisprudencia menor viene determinando que la carga de la prueba de la información facilitada al cliente corresponde a quien se ampara en la realidad de dicha información, es decir, a la entidad de crédito. Entre otras muchas se señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, (Secc. 5.ª), de 19 de marzo de 2012, que sostiene que corresponde a la entidad demandada acreditar que proporcionó al cliente la información necesaria para que este pudiera prestar un consentimiento cabal e informado sobre el producto que iba a contratar [en el mismo sentido SSAP de Gijón (Secc. 7.ª), de 21 de noviembre de 2010, 18 de marzo de 2012, 23 de febrero de 2012 y 25 de julio de 2011; de Oviedo, de 7 de noviembre de 2011 y 21 de febre-

ro de 2012; de Burgos (Secc. 3.ª), de 7 de marzo de 2012; de León (Secc. 2.ª), de 5 de marzo de 2012 y de Mérida (Secc. 3.ª), de 23 de febrero de 2012].

Lo dicho debe ponerse en relación con que al cliente no le puede ser exigible la prueba de hechos negativos, siendo primordial que las reglas de la carga de la prueba entren en juego en todas sus vertientes y, más concretamente, en cuanto a la flexibilidad de las mismas. Obligar en este supuesto a probar un hecho negativo pondría a la parte frente a una *probatio diabolica*, por lo que la jurisprudencia ha entendido que en estos casos normalmente la carga de la prueba corresponderá, no tanto a quien niega como a quien afirma o, por lo menos, a que será más fácil probar lo positivo que lo negativo (STS, Sala 1.ª, de 30 de octubre de 1992, FD 4.º, ponente don Jaime Santos Briz), por lo tanto, la parte que tiene mayor facilidad para probar tendrá que hacerlo, independientemente de la naturaleza del hecho afirmado.

Realmente, la facilidad se refiere a la relación de la parte con el hecho (STS, Sala 1.ª, de 27 de octubre de 2004, FD 6.º, ponente don José Ramón Ferrándiz Gabriel), por tanto, la parte que está más próxima a la fuente de la prueba, la que dispone de la fuente, deberá probar. En este aspecto no se trata de la relación de la parte con el hecho, sino de la disponibilidad de la fuente de prueba (STS, Sala 1.ª, de 15 de noviembre de 1991, FD 4.º, ponente don José Almagro Nosete).

Efectivamente, y a mayor abundamiento, en relación con el *onus probandi* del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, es de señalar que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual, por otra parte, es lógico por cuanto desde la perspectiva de estos últimos se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (SAP de Valencia, de 26 de abril de 2006, Sentencia 486/2010, de 4 de diciembre, de la Secc. 3.ª, de la AP de Burgos y Sentencia de 16 de diciembre de 2010, de la Secc. 5.ª, de la AP de Asturias).

#### *Sentencias, autos y disposiciones consultadas:*

- Código Civil, arts. 1.265 y 1.266.
- Ley 24/1988 (Mercado de Valores), arts. 2, 78 bis, 79 y 79 bis.
- Ley 26/1988 (Disciplina e intervención de las entidades de crédito), art. 48.2.
- STS de 28 de septiembre 1996; AP de Asturias en SAP de Asturias, Secc. 5.ª, de 27 de enero de 2010 y 16 de diciembre de 2010 y SAP de Zaragoza, Secc. 5.ª, de 19 de marzo de 2012.