

ma de protección tutelar vigente al tiempo de ratificar nuestro país el Convenio de Nueva York de 2006, en espera de una reforma legislativa a fondo, que la técnica más bien «parcheadora» empleada por el «tsunami» transversal del 2015, no ha tenido ocasión de completar. Se ha ido abriendo paso una exégesis que pone el énfasis en el resto de la capacidad de obrar que permanece en el discapacitado, lo que, en el caso, implica preferencia por la curatela cuya organización requiere una minuciosa exploración de los sectores jurídicos en los que el ordenamiento da validez a su actuación personal (hasta el punto de sostenerse, incluso, por algunos autores la posible existencia de un «derecho a equivocarse» del discapacitado en su vida social). La presente sentencia ratifica la doctrina básica anteriormente ya extractada aquí; así STS de 24 de junio de 2013 (anotada por G. M. A. en ADC, 2015, pp. 627-629), y STS de 13 de mayo de 2015 (anotada por G. G. C. en ADC, 2016, pp. 1601-1603). Sin olvidar que la STS en pleno de 29 de septiembre de 2009, ha sido reiterada por STS de 11 de octubre de 2012). No cabe excluir que cierto número de Audiencias Provinciales mantengan, con todo, la interpretación tradicional. En la doctrina, con variedad de ópticas, cabe señalar: I. SERRANO GARCÍA, *Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 noviembre*, RJNot. 2004; MARÍN CALERO, *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual* (Madrid 2005); ÁLVAREZ LATA y SEOANE RODRÍGUEZ, *El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad* (en «Derecho Privado y Constitución» 2010). Asimismo, la nueva perspectiva sobre *El sistema público de protección de menores e incapaces*, que propone PÉREZ ÁLVAREZ, en VV.AA., «Curso de Derecho Civil (IV), Derecho de Familia», 4.ª ed. 2013, p. 405-423. (G. G. C.)

#### DERECHOS DE OBLIGACIONES. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

**4. Contratos. Adquisición de productos financieros complejos (participaciones preferentes). Cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad del contrato. Doctrina de la *actio nata*.**—En el ámbito de los contratos financieros de adquisición o inversión en productos complejos, la acción de anulación, sometida al plazo de caducidad de cuatro años *ex* artículo 1.301 CC, debe ejercerse a partir no de la celebración sino de «la consumación del contrato». Para una cabal delimitación del significado del precepto es necesario que sea interpretado conforme a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado, lo que pone en evidencia las notables y profundas diferencias de complejidad entre las relaciones contractuales habituales al tiempo de la publicación del Código civil y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales. Esto provoca que, para establecer el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción, deba acudirse a la doctrina de la «*actio nata*», según la cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción —salvo expresa disposición legal en contra— no se inicia hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Por ello, en relaciones contractuales complejas,

como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del cómputo será, pues, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error (STS de 12 de enero de 2015).

**El error vicio del consentimiento en los contratos de inversión.**

**Requisitos.**—Existe jurisprudencia sentada respecto del hecho de que, para que el error invalide este tipo de contratos de indudable especialidad y complejidad, es necesario que sea esencial, en el sentido de proyectarse sobre las presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa. Y además, también ha de ser excusable, esto es, de un lado que no sea imputable a quien lo sufre, y de otro que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Esto se traduce, en el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, en que cuando la empresa de inversión incumple su deber de información, debe presumirse en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados, lo que vicia su conocimiento. Por eso, la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo (SSTS de 20 de enero de 2014 y de 12 de enero de 2015). No es obstáculo a ello el hecho de que la cliente hubiera mantenido con anterioridad otras relaciones de igual o similar naturaleza con la demandada, pues este hecho por sí solo no configura un perfil inversor de cliente experimentado y consciente de los riesgos que asumía. En el caso se trataba de una señora jubilada que al momento de la inversión contaba con 76 años. En este sentido, el hecho de tener un patrimonio considerable, o que la demandante hubiera hecho algunas inversiones, no la convierte tampoco en cliente experta, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a la demandante una información adecuada para contratar el producto conociendo y asumiendo los riesgos de una inversión compleja y sin garantías.

**Contratos financieros complejos. El deber de información previo es una obligación esencial del contrato. Naturaleza de esta obligación. Consecuencias de su incumplimiento.**—La normativa del mercado de valores, incluso la vigente con anterioridad a la transposición de la Directiva MiFID, aplicable al caso por la fecha en que se concertó el contrato, da 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 estos extremos han de dar a sus clientes. Este deber no se constituye como una cuestión accesoria, sino que tiene el carácter de esencial pues se proyecta sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato. No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de un mayor o menor beneficio), que aparecen como irrelevantes. Además, se trata

de una obligación activa y no de mera disponibilidad; de forma que la entidad estaba obligada a facilitar toda la información que le impone la normativa legal, tanto reguladora de este sector de operaciones económicas como las generales derivadas del deber de buena fe contractual, sin que pueda escudarse en que la cliente podía haberla solicitado de las autoridades administrativas, o en que el riesgo de insolvencia del banco islandés era también desconocido para la mediadora demandada, pues lo que califica en este caso la excusabilidad del error padecido por la actora es que, a consecuencia de la falta de información, no pudo conocer cuáles eran los concretos riesgos que llevaba aparejada la inversión y, por ende, no pudo representarse de manera cabal el alcance y las consecuencias de su contratación. El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a su cliente, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante 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. **(STS de 16 de septiembre de 2015; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—Doña C. interpuso demanda contra la entidad financiera B., S. A. articulando como pretensión principal la anulación de la orden de compra de valores (participaciones preferentes) de un banco islandés, por error vicio del consentimiento al estimar que no había sido debidamente informada de la complejidad del producto y de las concretas consecuencias de la suscripción sobre la que fue asesorada por el banco que, a la vez, actuó como mediador en tal operación, y solicitó la devolución del importe invertido. Subsidiariamente, de no proceder la petición principal, pidió que se declarara que la demandada había actuado negligentemente en el cumplimiento de sus obligaciones como comisionista prestador del servicio de inversión, y que se le condenara a la indemnización de daños y perjuicios en el montante invertido. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda pero la Audiencia Provincial de Madrid acogió el recurso de apelación y revocó la sentencia de instancia con absolución de la demandada al considerar, en lo esencial, que respecto de la acción de anulación o anulabilidad había transcurrido el plazo de cuatro años de caducidad establecido en el Código; y respecto de la acción indemnizatoria, no se podía apreciar una conducta negligente en la entidad financiera ya que no podía conocer el riesgo de insolvencia de los bancos islandeses, unido ello a que la realización por la demandante de otras inversiones de la misma naturaleza y con la misma entidad evidenciaba la condición de cliente experimentada. El Tribunal Supremo dio lugar a la casación planteada y revocó la sentencia recurrida por considerar que, efectivamente, tal como alegaba la actora, se había producido un error vicio en el consentimiento de la misma que le impidió conocer con exactitud y precisión los términos y consecuencias de la operación emprendida, debido al incumplimiento por el banco de su deber de suministrar la información necesaria, suficiente y adecuada con la antelación precisa para

que la cliente se hiciera un cabal juicio sobre el alcance de su declaración de voluntad contractual; rechazando que el perfil inversor de la demandante (una señora jubilada que en el momento de llevar a cabo la inversión contaba con 76 años) se correspondiera con el de un cliente experimentado pese a haber realizado operaciones similares.

NOTA.—En la sentencia del Alto Tribunal se aborda una serie de problemas que vienen presentándose con frecuencia en los últimos años en relación con un sector de la contratación altamente especializado, como es el de los productos financieros complejos (swapps, preferentes, multdivisas, etc...). Se trata en general de instrumentos utilizados no solo por inversores especulativos que persiguen una alta rentabilidad a corto plazo, concededores tanto del riesgo de fluctuaciones en los valores como también de la aleatoriedad que muchas veces acompaña a algunas de estas operaciones; pero al mismo tiempo son usados a menudo por simples ahorradores que, por encima de una cierta ganancia, pretenden sobre todo la conservación del capital invertido. Por ello, en estos casos, cobra una especial importancia la necesidad de trasladarles una información suficiente y adecuada a través de la cual puedan representarse de manera fidedigna la posibilidad, y aun probabilidad, de pérdida de toda su inversión (v. ZUNZUNEGUI, A. *Comercialización de participaciones preferentes entre clientela minorista*. RDBB, 130 (2013), pp. 239-ss.; SABATER BAYLE, E. *Interpretación de los contratos de inversión en productos financieros estructurados*. RACM, 1 (2015), pp. 103-ss.). De ahí que el legislador, dada la asimetría de la información que poseen operador financiero y cliente, imponga a los primeros un deber especial de información que, de un lado, permite al cliente tomar una decisión consciente y adecuada en función de sus intereses económicos y, de otro, excluye que pueda incidir en error (DE LA MAZA GAZMURI, I. *El mal que no quiero: la información como técnica de protección de los consumidores*. RJUAM, 31 (2015-I), pp. 349-ss.), en concreto cuando se trata de contratos que una vez celebrados pueden llegar a ser particularmente desventajosos para una de las partes (GARCÍA RUBIO, M. P. *La información precontractual: buenas intenciones, cuestionables medios*, en «La Codificación del Derecho Contractual de Consumo en el Derecho Civil Catalán», coord. M. R. Llácer Matacás. Dykinson. Madrid, 2015, p. 150). Esta sentencia, además de confirmar la doctrina jurisprudencial que ya se había establecido en anteriores decisiones (principalmente, SSTs de 20 de enero y de 10 de septiembre de 2014), ratifica el criterio de que el cómputo del plazo de cuatro años de caducidad de la acción de anulabilidad no puede comenzar antes de que el afectado tenga un real conocimiento de la equivocación o error en el que se encontraba cuando contrató. La aplicación de la teoría de la «actio nata» a estos casos parece más conforme con las reglas sobre el *dies a quo* en los instrumentos de unificación del Derecho de los contratos (PECL, 14:301; DCFR, III-7:303; UNIDROIT, 10.2(1); CELS, 180.1; v. MARÍN LÓPEZ, M. J. *El cómputo del tiempo en la prescripción extintiva. En particular, el dies a quo del plazo de prescripción*, en «La prescripción extintiva». XVII Jornadas de la APDC. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014, pp. 58-59; y PEÑA LÓPEZ, F. *El dies a quo y el plazo de pres-*

*cripción de las acciones de responsabilidad por daños en el CC: criterios procedentes de algunos textos europeos de soft law y del Derecho estadounidense que podrían servir para su reforma e interpretación.* InDret, 4 (2011), pp. 9-10). Por lo demás, reproduce el criterio sentado en la STS de 12 de enero de 2015 que sostuvo también que el cómputo del plazo cuatrianual de la acción de anulación no podía comenzar sino a partir del momento en que el interesado tuviese cabal conocimiento de la causa motivadora de la acción, lo que se traduce en estos casos en el descubrimiento por el cliente del error en el que incurrió [cfr. VÁZQUEZ GARCÍA, D. *Contratación de productos bancarios complejos: examen de la reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo.* La Ley, 8536 (2015)]. En otro orden, podría afirmarse que pese a la contundencia de la postura de nuestro Alto Tribunal, no es posible una generalización de la solución adoptada, sino que por el contrario será necesario analizar, en cada caso concreto, el tipo de operación y el perfil del inversor para determinar si, efectivamente, la ausencia o inadecuación de la información suministrada es lo suficientemente relevante como para justificar la esencialidad y excusabilidad del error padecido (así, CASTILLA CUBILLAS, M. *Riesgo, información y error en la distribución de participaciones preferentes emitidas por entidades de crédito.* DN, 265-266 (2012), pp. 49-ss.). Conviene plantearse también si en realidad la solución adoptada respecto del incumplimiento de los deberes de información, a través de la anulación del contrato por error, es la idónea o si, por el contrario, sería preferible reconducir tales incumplimientos hacia el sistema de la indemnización por daños (en este sentido, MORALES MORENO, A. M. *Permuta financiera de interés (swap), deberes de información, error e indemnización. Reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 noviembre 2012,* RDM, 289 (2013), p. 436). Solución esta última que parece coherente con los criterios comúnmente establecidos en los instrumentos de unificación del Derecho contractual y que responde a una inveterada tradición del Derecho europeo continental (así, PECL, 4:117; DCFR, II-7:214; UNIDROIT, 3.2 (16); CELS, 55), de la que también se hace eco la Propuesta de Modernización del Código civil español (MORALES MORENO, A. M. *De nuevo sobre el error.* AAMN, 55 (2015), pp. 713-ss., para quien la imputabilidad del error puede permitir aplicar la responsabilidad por culpa *in contrahendo*, prevista en el artículo 1245 de la Propuesta y ofrecer al *errans* el remedio de la indemnización). Un amplio y profundo análisis de los problemas derivados de la información y del error en los contratos, puede verse en MORALES MORENO, A. M. *El error en los contratos.* CEURA. Madrid, 1988; GÓMEZ CALLE, E. *Los deberes precontractuales de información.* La Ley. Madrid, 1994; DE LA MAZA GAZMURI, I. *Los límites del deber precontractual de información.* Civitas. Navarra, 2010. (L. A. G. D.)

**5. Deberes de información de la entidad financiera en un contrato de swap.**—En un contrato de *swap* el cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de