

PARTICIPACIONES PREFERENTES

Nulidad por error y dolo

[SJPI, N° 5, Vitoria, 10 de junio de 2013.](#)

Nulidad por error y dolo (Estimación) – Presencia de asesoramiento – Carga de la prueba del correcto asesoramiento – Naturaleza jurídica del producto – Falta de valoración del perfil del cliente – Interpretación de los contratos – Derecho a la información – Reclamación de daños y perjuicios (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Paloma Corbal)

Nulidad por error y dolo: “La acción de nulidad basada en vicio del consentimiento por error en el objeto prestado por los contratantes (...) queda condicionada a la concurrencia en el caso (...) que sea esencial e inexcusable; (...) que sea sustancial y derivado de actos reconocidos para el que se obliga; y que no se haya podido evitar con una regular diligencia. (...) [El] error en el consentimiento (...) exige (...) el desconocimiento de algún dato sustancial, determinante de la voluntad, de tal suerte que desvíe el objeto del contrato y que no hubiera podido salvarse con una diligencia normal al tiempo de prestar el consentimiento (Sentencia del Tribunal Supremo 3-2-1989 y 21-5-1997) (...). El producto enjuiciado implicaba (...) el cumplimiento por la entidad financiera de una serie de obligaciones en materia de transparencia y diligencia, que de no cumplirse pueden, podrían producir un consentimiento no informado y viciado por error (...). Existió (...) un error invalidante del consentimiento (...) cuya génesis radica en la confianza que depositó en la entidad bancaria, a través de la información inadecuada e incompleta que le fue facilitada (...)”. La actitud de la demandada ha estado presidida por el dolo desde el principio para conseguir, a toda costa y a ultranza, que la actora suscribiese el producto financiero. (...) Es a quien alega el dolo a quien corresponde su prueba. (...) La aportación de escritos (...) de exoneración de responsabilidad de la demandada y la actuación de la actora no justifica dicha elusión de responsabilidad ya que la demandada no ha aportado el test de conveniencia (...) y es que, en todo caso, no ha quedado probado que se le informara del carácter perpetuo del producto ofrecido”.

Presencia de asesoramiento: “Lo que real y efectivamente pactan y estipulan las partes contratantes es un contrato escrito de suscripción de participaciones preferentes y un pacto verbal de asesoramiento ya que (...) es la propia demandada, a través de su gestor, la que ofrece los productos financieros y asesora, como no puede ser menos a la actora. Dicha actuación es de asesoramiento, que no de pura actuación comercial. (...) Si el gestor no hubiera dado ese asesoramiento la actora no hubiera suscrito la operación objeto de enjuiciamiento. (...) Lo esencial y determinante es que el gestor no le asesoró ni le manifestó que el producto podía tener un carácter perpetuo, sí le asesoró sobre otros aspectos como rentabilidad, elemento accidental, que no nuclear”.

Carga de la prueba del correcto asesoramiento: “La carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo que resulta lógico desde la perspectiva de los clientes en tanto que para ellos se trataría de probar un hecho negativo como es probar la ausencia de dicha información”.

Naturaleza jurídica del producto: “Las participaciones preferentes son valores emitidos por alguna sociedad, a través de las cuales no confieren participación precisa en el capital ni tampoco derecho a voto. (...) Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente, no está garantizada. (...) Se determinan como instrumentos de riesgo elevado. Estamos frente a un producto híbrido de renta fija y variable, porque no es deuda exigible por carecer de vencimiento, pero tampoco se pueden considerar acciones dado que no otorgan derechos políticos. (...) Su régimen o sistema de rentabilidad no es el de la deuda en sentido propio porque su devengo está legalmente supeditado a los resultados del emisor, e incluso su pago puede depender de la decisión del órgano de administración de éste. Su liquidez queda eliminada ipso facto ante situaciones que determinen la desactivación de su sistema de rentabilidad. Su seguridad (...) depende su nivel de liquidez (...). La inversión que realizaban los partícipes se integraba como patrimonio neto y no como pasivo (...)”.

Falta de valoración del perfil del cliente: “La entidad financiera no dispuso de información sobre su clienta que le permitiera la valoración de la adecuación del producto al perfil de riesgo de los mismos, y en su caso, la realización de las advertencias adecuadas”.

Interpretación de los contratos: “En la interpretación de los contratos hay que acudir (...) a la literalidad de las cláusulas (...) y sólo en caso de discrepancia o duda, debe acudirse a la intención de los contratantes (...) para cuyo conocimiento deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato (...) radicando la finalidad de estos preceptos en evitar que se tergiverse lo que aparece claro a que se admita, sin aclarar lo que se ofrezca oscuro, siendo factor decisivo de interpretación, en el primer supuesto, las palabras empleadas y en el segundo, la intención evidente de los contratantes (STS, Sala 1, de 8 marzo 2000)”.

Derecho a la información: “(...) 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 tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar 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 exigible. El derecho de información del cliente se considera, pues, como la forma más importante de la libertad contractual. (...) La documentación bancaria no refleja más que un contrato tipo, formulado por la entidad bancaria demandada con una mera referencia al tipo de producto que se estaba ofreciendo, sin alusión alguna a sus características, riesgos, plazos, posibilidad de cancelación, y sin constancia alguna de la valoración de la adecuación del producto al perfil de riesgo del cliente, donde la intervención de la actora se ha limitado a plasmar su firma. Los documentos (...) son meros formularios”.

Reclamación de daños y perjuicios: “(...) La jurisprudencia exige que el perjuicio indemnizable en virtud de dicha responsabilidad ha de ser real y efectivo, y su acreditación precisa y categórica, (...) para lo que es imprescindible concretar su entidad real (SSTS 29 septiembre 1986 y 26 marzo 1997). (...) La reparación tiene que ser en principio total (...) de manera que el acreedor no sufra merma, pero tampoco enriquecimiento, como consecuencia de la indemnización. (...) Se precisa (...) la existencia de una acción u omisión constitutiva de conducta ilícita (...), la antijuridicidad de la referida conducta (...), la existencia de un daño (...), la existencia de una relación causal entre la conducta y el resultado lesivo o dañoso (...)”.

[Texto completo de la sentencia](#)
