

## PARTICIPACIONES PREFERENTES

### *Nulidad por error*

[SJPI, N° 25, Valencia, del 10 de junio de 2013.](#)

**Nulidad por error (Estimación) – Características generales del contrato de depósito y administración de valores – Presencia de asesoramiento – Inversión de la carga de la prueba – Caducidad de la acción de nulidad – Obligación de información (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Paloma Corbal)**

**Nulidad por error:** “(...) Concurrió en el consentimiento prestado por el demandante error esencial y excusable, imputable a la entidad demandada, al vulnerarse el deber de información, y los protocolos específicos del mismo (...), relativos al riesgo del negocio, de la inversión, de sus características, y de la adecuación para el perfil del cliente, error que solo sería inexcusable si la demandada hubiera cumplido con sus obligaciones de información [sic], existiendo relación causal entre el error y la finalidad del negocio, que era además de la rentabilidad, la recuperación del capital invertido, no convalidándose el negocio por la actuación del demandante de la confirmación de la orden de compra y la percepción de intereses (...)”.

**Características generales del contrato de depósito y administración de valores:** “El contrato, además de la orden de compra, es el de depósito y administración de valores (...). Dicho contrato por sí solo considerado supone la mera obligación por parte de la entidad bancaria de gestionar y administrar –en sentido amplio– los valores que el cliente encarga a ésta su adquisición, con lo que su obligación queda limitada en principio a la información, no abarcando el asesoramiento y ello aunque el banco comercialice el producto y lo ofrezca a sus clientes, pues diverso a esa comercialización, es la recomendación o asesoramiento para efectuar una determinada operación inversora, y bajo su amparo el cliente decide comprar las participaciones que le presenta el banco, pero éste no asume ni la decisión de compra, ni de venta, ni de recomendación, ni de asesoramiento, salvo que el actor acredite que el banco realizaba de hecho, en el caso concreto labores de asesoramiento, incumbiéndole al demandante la carga de la prueba (...)”.

**Presencia de asesoramiento:** “(...) La demandada actuó como intermediaria-vendedora, y siendo la emisora del producto una filial suya (...) colocó el producto litigioso a su cliente no experto (inversor minorista) teniendo realmente interés en colocarle ese determinado producto para capitalizar al grupo, y no sólo se lo vendió, sino que se lo recomendó y le asesoró, desde el momento que se realizó la llamada telefónica personalizada al mismo, ofreciéndole esta determinada operación (...), este concreto producto, y no otro, ni un elenco de productos (...). No sólo supone la venta de un producto por el banco, que incluía entendemos, en este caso concreto (...), también la recomendación y el asesoramiento, en un ámbito de confianza (...)”.

**Inversión de la carga de la prueba:** “Ello conlleva una inversión de la carga probatoria, de forma que la entidad financiera (...) es la parte que habrá de demostrar su diligente

actuación en las operaciones realizadas, más aún cuando estamos ante productos adquiridos por consumidores”.

**Caducidad de la acción de nulidad:** “En relación con el cómputo del plazo del *artículo 1301*, señala asimismo la doctrina que el momento inicial no es nunca anterior al cumplimiento del contrato, por lo que la acción de restitución no puede empezar a prescribir conforme al *artículo 1969 del Código Civil*, sino desde la consumación, destacando la *Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2008* (...) que no puede entenderse cumplido ni consumado el contrato hasta la realización de todas las prestaciones. La *Sentencia del 11 de junio de 2003* declara que: “(...) La *sentencia de 27 de marzo de 1989* precisa que “(...) Este momento de la “consumación” no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes”. (...) Tal doctrina ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el *art. 1301 del Código Civil*. Entender que la acción sólo podría ejercitarse “desde” la consumación del contrato llevaría a la conclusión jurídicamente ilógica de que hasta ese momento no pudiera ejercitarse por error, dolo o falsedad en la causa, en los contratos de tracto sucesivo, con prestaciones periódicas, durante la vigencia del contrato”. (...) La acción no habría caducado en el momento de la interposición de la demanda, al entender que en el contrato objeto de litigio es de tracto sucesivo, no acaba con la orden de compra, sino que se prolonga en el tiempo, el producto es perpetuo, (...) considerando que la función del banco (...) no era de simple mediación sino de custodia, administración, y asesoramiento en este caso, no estaban por tanto realizadas todas las obligaciones de las partes (aun hoy) (...)”.

**Obligación de información:** “La obligación de informar (...) es activa y por tanto se ha de alertar por el banco al cliente sobre el riesgo del producto y si es adecuado a su perfil, conocer su situación económica, su experiencia financiera, sus objetivos, para poderle recomendar el producto adecuado, no basta con que las características del producto se puedan consultar por internet, no siendo razonable pensar que este cliente, por su cultura financiera, leyera la web de la CNMV donde está publicado el folleto de la emisión correspondiente, ni con trasladar al cliente la carga de realizar preguntas sobre lo que no entiende, estando ante un producto complejo que no encajaba en su perfil, (...) por lo que no podía, ni debía asumir el riesgo de perder todo o parte de su dinero, lo que no se le transmitió al recomendarle el producto”.

[Texto completo de la sentencia](#)

\*\*\*