

## PARTICIPACIONES PREFERENTES

### *Nulidad por error*

[SAP, Civil, sección 3, Córdoba, de 12 de julio de 2013 \(Roj: SAP CO 1162/2013\), recurso: 181/2013, ponente: Juan Luis Rascón Ortega.](#)

**Nulidad por error (Estimación) – Cómputo del plazo de caducidad desde la consumación – Naturaleza del contrato – Normativa de aplicación – Naturaleza de las participaciones preferentes – Deficiente información precontractual – Deficiente información post-contractual – Diligencia debida y responsabilidad por incumplimiento (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Paloma Corbal)**

**Nulidad por error:** “(...) Para el caso de que la nulidad pretendida lo fuese por (...) error, éste tendría que ser esencial e insubsanable practicando una regular diligencia propia de quien lo alega. Y error jurídicamente excusable lo es para nuestro Tribunal Supremo (...) en los casos en que "existe una gran asimetría en el conocimiento de los hechos por una y otra parte o cuando la otra parte ha inducido de alguna forma el error de quien impugna el contrato...aunque ésta no haya incurrido en dolo o culpa...", todo ello atendiendo a las muy particulares circunstancias de cada caso. (...) La única información medianamente clara que dio el banco fue la del tipo fijo de interés que tenía asegurado el cliente, sesgada información que fue la que indujo al cliente a consentir a partir de la confianza transmitida por el agente bancario, obviando otros muchos extremos esenciales del contrato (...). Consintió invertir (...), haciéndolo por error manifiesto imputable en exclusiva al muy mal hacer profesional del banco, quien con su negligencia vicia un contrato (...).”

**Cómputo del plazo de caducidad desde la consumación:** “Cuando la entidad bancaria deja de cumplir con sus obligaciones y aquella persona (...) empieza a no recibir las liquidaciones de intereses (...), es cuando ha de comenzar el cómputo para el ejercicio de la acción de anulabilidad porque solo en ese momento la consumación (en este caso, la no consumación) se ha producido.”

**Naturaleza del contrato:** “El contrato suscrito (...) es para la intermediación (...) en la adquisición y gestión ulterior de participaciones preferentes. (...) El demandante otorga la gestión individualizada de una inversión a una empresa autorizada a actuar profesionalmente en el mercado de valores (...) que se obliga a prestar a aquél servicios de gestión personalizada, profesional y remunerada (...) cumpliendo las exigencias normativas de diligente profesionalidad, información, buena fe e imparcialidad con arreglo al mandato conferido por el cliente (...). Estamos, pues, en presencia de un contrato de mandato o comisión mercantil, (...) un contrato sujeto a la autonomía de las partes -ex. artículos 1255 Cc y 50 CCom-, de naturaleza consensual, bilateral (...), oneroso, aleatorio, sinalagmático (...) y de duración continuada, que está basado en la confianza del inversor hacia el profesional del mercado de valores para que éste, en su nombre, geste las operaciones que considere más convenientes para el objetivo perseguido (...) de conseguir la mayor y más segura rentabilidad de la inversión a partir de las preferencias del inversor. (...) Cuenta con una regulación jurídico-pública incidental aplicable en aspectos como, por ejemplo, las obligaciones y código de conducta (...).”

**Normativa de aplicación:** “(...) Normativa general establecida por el Código Civil para todo tipo de acuerdos -artículo 1254 y siguientes -, la normativa específica sobre el contrato de mandato o comisión -artículos 1709 y siguientes del Código Civil y artículos 244 y siguientes del Código de Comercio-, la ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, la ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1998 -reformada por la ley 47/2007, de 19 de diciembre-, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, (...) así como las órdenes del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995 y de 7 de octubre de 1999 (...). Igualmente, hay que tener en cuenta la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MIFID (...) para interpretar las obligaciones de la empresa (...)”.

**Naturaleza de las participaciones preferentes:** “(...) Producto financiero que se escapa de la condición de depósito a plazo, que no es renta fija y sí muy complejo y arriesgado para el inversor minorista porque tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada porque su remuneración está condicionada a que la entidad emisora de las participaciones obtenga beneficios suficientes, sin olvidar que a diferencia de lo que le ocurre a un depósito a plazo, perfectamente puede generar pérdidas en el capital invertido”.

**Deficiente información precontractual:** La entidad bancaria incumplió manifiestamente los deberes legales de lealtad, transparencia e información real y fidedigna que tenía con su cliente al no explicarle con claridad y en un lenguaje sencillo y comprensible tanto el contenido obligacional como los efectos de la contratación efectuada (...) antes de la firma, porque sólo así se puede formar de manera libre y efectiva la voluntad de la otra parte que permita que la misma preste su consentimiento informado (...). Lo que firma el inversor (...) suministra (...) datos sumamente oscuros y contradictorios sobre lo que en realidad está contratando, siendo imposible que con tal información una persona media sepa en qué invierte (...). No queda constancia de una información suplementaria previa a ese momento de la firma contractual que sirva para que el inversor conozca los pro y los contra del producto (...) que podría haber servido para paliar el severo déficit informativo (...) con lo que el conocimiento debido del producto para cualquier inversor medio se hace sencillamente imposible.”

**Deficiente información post-contractual:** “(...) La información periódica (...) describe el valor (...), el tipo de interés (...) y la remuneración del "nominal depositado", una información que por sí misma induce a pensar que estamos en presencia de un producto de renta fija y no (...) una participación preferente (...). Con esos datos tan escasos y ambivalentes (...) nadie con conocimientos financieros medios está en condiciones de conocer de verdad la realidad de la inversión que ha efectuado”.

**Diligencia debida y responsabilidad por incumplimiento:** “Bankinter no cumplió con la diligencia del buen profesional que opera en el mercado de valores al no transmitir con la buena fe y transparencia debidas la información completa propia, clara y precisa adecuada a la naturaleza del producto financiero complejo y de alto riesgo que suscribió su cliente, una diligencia que le viene exigida por imperativo legal y reglamentario. Y tal incumplimiento de los deberes elementales del profesional financiero, si afecta a un elemento esencial del contrato y causa daños y perjuicios demostrables a su cliente, le ha de llevar a responder ante éste (...) algo que tiene reconocido nuestro Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de abril de 2013”.

[Texto completo de la sentencia](#)

\*\*\*