

PARTICIPACIONES PREFERENTES

Nulidad por error

[SJPI N°44, Madrid, de 9 de abril de 2013.](#)

Nulidad contractual (Estimación) – Test de idoneidad o conveniencia – Asesoramiento financiero – Carga de la prueba del correcto asesoramiento – Contrato de comisión bursátil (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Paloma Corbal)

Nulidad contractual: *“Por una parte el producto es asimilado a renta fija sencilla y al mismo tiempo se califica de complejo y elevado riesgo por la entidad en sus confusos y contradictorios documentos, entregados a la vez al cliente. Leyesen o no los documentos, simplemente éstos, prescindiendo de la información verbal que se les dio, no les permitirían comprender adecuadamente el producto y por sí solos implican una mera apariencia formal y no real de cumplir la normativa bancaria tuitiva del cliente. Tal defecto de información esencial en este caso al ser el principal riesgo del producto, vicia la prestación del consentimiento de la parte actora (...). Así cualquier circunstancia afectante al contrato que determine la anulación de su objeto o cualquier cláusula que incida en su objeto esencial, ha de ser objeto de especial y veraz información para el cliente que contrata, quedando en otro caso viciada su voluntad (...). La jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella (...). La diligencia exigible es (...) menor, cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (STS 4-1-82) y siendo preciso por último para apreciar esa diligencia exigible examinar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo o culpa”.*

Test de idoneidad o conveniencia: *“La entidad bancaria demandada efectivamente calificó como clientes “minoristas” conforme a la normativa Mifid, en función del único test que consta efectuado (...). No cabe por tanto calificar el producto (complejo, de elevado riesgo...) como conveniente a un cliente que, en función de ese mismo test, (sin que conste otro) se califica de “minorista”. No cabe tampoco efectuar un test al que se califica de “conveniencia” y que sin distinguir de otro de “idoneidad”, se utilice para calificar al cliente de “minorista” y se le ofrezca a continuación un producto complejo, que en el primer test se asimila a renta fija “sencilla”, actuando de forma que se pretende con las diversas denominaciones, crear confusión respecto al contrato y servicios realmente prestados y burlar la normativa tuitiva del mercado de valores (...) No se ofrece en suma el producto adecuado al perfil inversor del cliente, ni un producto conveniente al mismo y que resulta del propio test que el Banco efectúa, por más que lo denomine de “conveniencia” y no de “idoneidad”, además erróneo, con datos inciertos sobre inversiones anteriores o conocimientos del inversor, previamente rellenados automáticamente y no por el cliente y cuyas respuestas difícilmente pudo dar, dado el contenido de las preguntas y conocimientos de la actora”.*

Asesoramiento financiero: *“Se contrató el producto a ofrecimiento del propio Banco (...) no constando que el cliente (...) solicitara expresamente un producto en cuyo folleto consta*

expresamente que es complejo, si no es por ofrecimiento de la misma demandada (...). Se trata (...) de una labor de auténtico asesoramiento financiero, en que el cliente decide esa contratación ante la información determinante recibida y opinión de quien le ofrece el producto como profesional de la banca y hace un test incluso luego para valorar que el producto le conviene y se adecua a su perfil y finalidad inversora, al no constar otro para calificarle como minorista, siendo dicha opinión y no la propia, la determinante de la transferencia y adquisición del producto concreto”

Carga de la prueba del correcto asesoramiento: *“La carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento 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 (...) sin que quepa la elusión de responsabilidad por parte de las entidades de inversión por razón del concepto genérico de “preferencia de riesgo”, cuando las inversiones aconsejadas son incompatibles con el perfil inversor de un cliente y producen el resultado negativo de dañar su patrimonio”.*

Contrato de comisión bursátil: *“El Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) en Sentencia de 20 de Enero de 2003 (...) declara: (...) que el contrato que vincula a los compradores con la sociedad intermediaria, encargada de la adquisición, siguiendo instrucciones del principal, responde a la naturaleza del contrato de comisión mercantil (artículo 244 del Código de Comercio), y desde una perspectiva más concreta, que toma en cuenta sus relaciones con el “mercado de valores”, al llamado contrato de “comisión bursátil”; de manera, que, en el desempeño de su mandato, el comitente debe actuar con la diligencia y lealtad que se exigen a quien efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley del mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en los dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las “normas de conducta” (...) entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad”.*

[Texto completo de la sentencia](#)
