

PARTICIPACIONES PREFERENTES

Nulidad de la operación con efectos restitutorios.

[SAP de Barcelona, Sección primera, núm. 418/2017, de 25 de julio, recurso: 944/2015. Ponente: Excma. Sra. Maria Dolors Montolio Serra.](#)

El perfil del cliente, la contratación y asesoramiento – El error en el consentimiento y su excusabilidad – Efectos de la nulidad (sinopsis de Fernando Zunzunegui e Ignacio Martín).

El perfil del cliente, la contratación y asesoramiento: "(...) Para examinar si la demandada cumplió con el deber de información que le era exigible y que debía prestar a su cliente es necesario determinar su perfil como inversor. (...) Al respecto de este deber, razona el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de enero de 2014 que "ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto". El demandante invoca su condición de cliente con perfil minorista. Las demandadas sin atribuirle un perfil distinto (...) sostienen es que (...) era una persona acostumbrada a realizar inversiones financieras con riesgo. Quien fue empleada de la oficina en la que aquel operaba habitualmente, (...), ha explicado que se trataba de un cliente de "perfil moderado, no conservador" que tenía (...) productos de riesgo. (...) En relación a esta cuestión, el Tribunal Supremo ha señalado que puede perfectamente ocurrir que el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tenga el perfil de cliente experimentado y que la información que se le ha suministrado, si bien no fuera suficiente para un cliente no experto, sí lo sea para quien tenga experiencia y conocimientos financieros (STS 207/2015 de 23 de abril y 323/2015 de 30 de junio). La experiencia inversora del cliente resulta así relevante a fin de determinar si era capaz de comprender, a partir de la información que se le facilitó, la naturaleza y riesgos del producto que se le ofreció por parte de la demandada. En definitiva, es el desconocimiento de los concretos riesgos asociados al producto financiero que se contrata lo que pone en evidencia que la representación mental que se hizo el cliente del mismo era equivocada y así presumir de esa falta de información y conocimientos el error vicio que ha de llevar a su anulación (STS de 16 de febrero de 2016). (...) Es necesario distinguir al respecto, como decíamos en nuestra sentencia de 31 de julio de 2015 (R. 789/2013), entre "asesoramiento recurrente y puntual". Mientras que el primero es aquel en el que el cliente tiene una relación continuada con su asesor que periódicamente le presenta recomendaciones de inversión, en el segundo la relación comercial con el cliente no se desarrolla habitualmente en el ámbito del asesoramiento sino que la entidad realiza una concreta recomendación de inversión. En este sentido la Comisión Nacional de Mercado de Valores en su Guía sobre la prestación de asesoramiento en materia de inversión, de 23 de diciembre de 2010, efectúa a este respecto dos consideraciones relevantes: entiende como recomendación personalizada la que se realice de forma implícita, lo que acontece cuando "un instrumento se presente como idóneo para un inversor y en la conversación se utilicen palabras relacionadas con sus circunstancias personales", debiendo tomarse para ello en consideración "tanto la naturaleza

de la información que se recaba como la forma de relacionarse con el inversor". Por contra, "no se considerará que constituya asesoramiento, (...) las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial" (artículo 63.1 g/ LMV). Por tanto, cabe advertir asesoramiento en materia de inversión cuando exista una recomendación sobre instrumentos financieros concretos, ya sea explícita o implícita, siempre que la recomendación sea personalizada, es decir, que se presente como idónea al inversor basándose en sus circunstancias personales (...)"

El error en el consentimiento y su excusabilidad: "(...) Reiterada jurisprudencia viene exigiendo que el error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. (...) De este modo se niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que le era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida. Así razona al respecto la mencionada sentencia de 25 de febrero del 2016 que "la diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.(...) Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración" Y así, en el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión "el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo (...)". En su sentencia del Pleno de 20 de enero de 2014 el Tribunal Supremo, después de recordar la anterior doctrina según la cual "[P]or sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio" añade que "no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. (...) Por otra parte, en este tipo de contratos, el error, que ha de recaer sobre su objeto, afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. (...) en el supuesto que se examina, aparece como suficientemente seguro, que la falta de una correcta información precontractual provocó en el demandante un error sobre el producto (...), entendido como un falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida (STS 25 de mayo de 1963), que invalida el consentimiento (...) y da lugar a la nulidad del negocio jurídico (...)"

Efectos de la nulidad: "(...) declarada la nulidad del contrato lo que procede es la restitución por parte de la demandada del capital íntegro de la inversión con el interés legal desde la fecha del desembolso. Por su parte el demandante deberá de devolver a la demandada los rendimientos obtenidos del producto durante los años de su vigencia más los recibidos con posterioridad a través de las acciones en las que se convirtió con intereses legales desde la respectiva fecha de percepción así como la devolución de las propias acciones recibidas (...)"

[Texto completo de la sentencia](#)
