

## PARTICIPACIONES PREFERENTES

### *Nulidad por ausencia de consentimiento*

[SAP, sección 6, Pontevedra, núm. 587/2015, 7 de diciembre de 2015, recurso: 818/2014, ponente: Jaime Carrera Ibarzabal.](#)

**Nulidad por ausencia de consentimiento - Naturaleza y características de las participaciones preferentes - Presencia de asesoramiento financiero - Deber de información - Consecuencias del incumplimiento del deber de información (Sinopsis de Fernando Zunzunegui y Jorge Rodríguez).**

**Nulidad por ausencia de consentimiento:** “(...) la declaración de nulidad se impone (...), atendiendo a la falta de información adecuada sobre las características de los productos contratados y la naturaleza exacta de los riesgos asociados a tales productos. Y es que, (...) la nulidad por incumplimiento, (...), de las obligaciones que, con carácter previo a la contratación del producto, le correspondían respecto a la información, (...) determinaba la existencia de vicio en la prestación del consentimiento derivado de la ausencia o insuficiencia de información”. (...) “Habrà de analizarse, (...) en primer término, el tipo de información prenegocial que se ofrece por la entidad al firmante del contrato, sobre el producto a contratar (...) y, en su caso, si dicha falta de información debía determinar la nulidad del contrato. Y es que como precisa la sentencia del Tribunal Supremo de 8 septiembre 2013: "Desde el momento en que el legislador ha previsto la existencia de las participaciones preferentes, como parte de los recursos propios de una entidad de crédito, siempre y cuando cumplan una serie de características, aunque el emisor fuera un banco extranjero, resulta muy difícil calificar la comercialización de participaciones preferentes como nula de pleno derecho por ser contraria al orden público. Cuestión distinta es que por la forma en que fueron comercializadas se hubiera podido cometer algún abuso que, a los efectos de la validez del negocio, pudiera haber propiciado su contratación bajo un vicio del consentimiento, como el error”.

**Naturaleza y características de las participaciones preferentes:** “(...) vienen reguladas en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, (...). la sentencia del Tribunal Supremo de 8 septiembre 2014 señala: "Las participaciones preferentes son valores atípicos de carácter perpetuo, que contablemente forman parte de los recursos propios de la sociedad que los emite, pero no otorgan derechos políticos al inversor y sí una retribución fija, condicionada a la obtención de beneficios. Esta remuneración se asemeja, de un lado, a la renta fija porque está predeterminada y no es acumulativa, y de otro a la renta variable en la medida en que depende de la obtención de suficientes beneficios. El reseñado carácter perpetuo no impide que la entidad emisora se pueda reservar el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor. De este modo, las participaciones preferentes, que cuando son emitidas por sociedades extranjeras, como es nuestro caso, suelen denominarse "acciones preferentes", vienen a ser un "híbrido financiero", pues combinan caracteres propios del capital y otros de la deuda. (...) se trata de negocios jurídicos que vienen calificados por su complejidad (...)"

**Presencia de asesoramiento financiero:** “Citando la sentencia del Tribunal Supremo de 20 junio 2014: “Como afirma la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "la cuestión de si un servicio de

inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (...). (...) El art. 4.4 de la Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público. (...) La entidad (...) actuó prestando un servicio de asesoramiento financiero, (...) en la medida en que se trata de un producto que fue recomendado y ofrecido por un comercial de la propia entidad de crédito y de forma personalizada al cliente. (...)"

**Deber de información:** "Según se declaró en la sentencia de 20 enero 2014, la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la sentencia, también del Pleno, de 18 de abril de 2013 (...). Conforme a esta línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, **antes de la perfección del contrato**, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el art. 7 del Código Civil, y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (...)."

**Consecuencias del incumplimiento del deber de información:** "(...) en la sentencia de 20 enero 2014, se fijó, (...) la doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento de ese deber en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero, (...) que puede resumirse en los siguientes puntos: a) El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo. b) El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el *swap*. c) La información - que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (...) - es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información. d) El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente. e) En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista (...), como si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite 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 del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo (...). La sentencia del Tribunal Supremo de 12 enero 2015, (...) señala: "(...) hay error vicio cuando la voluntad del

contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. El respeto a la palabra dada (“pacta sunt servanda”) impone la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y quien lo sufrió pueda quedar desvinculado. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos, recogidos en la regulación contenida en el Código Civil y en la jurisprudencia dictada en esta materia. Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.”

[Texto completo de la sentencia](#)