

PARTICIPACIONES PREFERENTES

Nulidad por error

[STS, Pleno, Sala de lo Civil, Madrid, núm. 458/2014, del 8 de septiembre, recurso: 1673/2013. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo, Presidente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.](#)

Nulidad por error (Desestimación) – Carácter de híbrido financiero – El carácter perpetuo de las participaciones preferentes no es contrario al orden público (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Paloma Corbal)

Nulidad por error: “(...) En el presente supuesto ha quedado acreditado en la instancia que (...) tenía un perfil de inversora de riesgo avanzado, equivalente al de inversor profesional, y que estaba desde 1999 familiarizada con los productos de mayor rentabilidad y, consiguientemente, de mayor riesgo. En su caso, la reseñada asimetría informativa no existía, en atención a sus conocimientos y experiencia, y a que siempre actuaba mediante un asesor financiero propio con amplios conocimientos y experiencia. El elevado importe de la inversión realizada (...), su condición de experta inversora en productos financieros de riesgo, y la circunstancia de haber realizado la contratación con la asistencia un asesor financiero propio, nos impiden admitir que (...) hubiera formulado las órdenes de compra de las acciones preferentes sin conocer las características del producto y sus riesgos. En su caso, el riesgo que a la postre se actualizó de insolvencia de la entidad emisora, que determinó la pérdida del capital invertido, no podía ser ignorado, y si lo fue, este error no resulta excusable, en atención a sus conocimientos y experiencia. La denuncia genérica sobre la ausencia de información clara, concreta, precisa y suficiente sobre las características del producto y los riesgos que entrañaba, se contradice con lo acreditado en la instancia. Y la imputación a BNP de no haber entregado el folleto informativo de emisión, además de que en aquel momento la normativa legal no lo exigía, carece de relevancia en este caso respecto de la pretensión ejercitada de nulidad por error vicio, pues por su experiencia en la contratación de estos productos financieros y su perfil de inversora de riesgo (...) no podía dejar de conocer los riesgos asociados a la compra de aquellas acciones preferentes.”

Carácter de híbrido financiero: “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 (...) suelen denominarse "acciones preferentes", vienen a ser un "híbrido financiero", pues combinan caracteres propios del capital y otros de la deuda. (...) Debemos destacar que la participación preferente no atribuye derecho a la restitución del valor nominal, por lo que puede hablarse de un valor potencialmente perpetuo o sin vencimiento, ya que su regulación dispone de forma imperativa que el dinero captado por la entidad emisora debe estar invertido en su totalidad y permanentemente en la entidad o en su dominante, de manera que quede directamente afecto a los riesgos y la situación financiera de la entidad. Propiamente, la participación

preferente no atribuye un derecho de crédito contra la entidad emisora para la restitución del valor nominal invertido. De tal forma que la liquidez de la participación preferente sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que cotiza.”

El carácter perpetuo de las participaciones preferentes no es contrario al orden público: “(...) 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. La sentencia de esta Sala (...) de 26 de octubre de 1998, contiene la jurisprudencia sobre la nulidad del contrato o negocio jurídico pactado no con una duración indefinida, sino a perpetuidad (para siempre), en la medida en que es opuesta a la naturaleza temporal de toda relación obligatoria (art. 1275 CC, en relación con el art. 1255 CC). Pero como advierte esta misma sentencia, mediante la cita de la Sentencia anterior de 16 de diciembre de 1985, "la perpetuidad es, salvo casos excepcionales (...), opuesta a la naturaleza misma de la relación obligatoria, al constituir una limitación de la libertad que debe presidir la contratación, que merece ser calificada como atentatoria al orden jurídico". (...) La perpetuidad de las participaciones preferentes viene configurada legalmente como una garantía, frente a terceros que contratan con el banco o la entidad que las emite, de la estabilidad de sus fondos propios, y en esto se asemejan al capital, sin perjuicio de la posibilidad de que se amorticen. Desde esta perspectiva, quien suscribe las participaciones preferentes viene a tomar una posición similar al titular de las acciones o participaciones sociales, aunque no tiene la condición de socio y por ello carece de derechos políticos. En cualquier caso, como le ocurre a los socios, carece de un derecho frente a la sociedad para que le devuelva el importe de sus participaciones. Para liquidar la inversión, el tenedor lo único que puede hacer, dejando a un lado el caso de la amortización acordada por la propia sociedad, sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos legales, es transmitir la titularidad de las participaciones preferentes en el mercado secundario en el que cotizan. Esté régimen legalmente previsto para la emisión de participaciones preferentes, en el que destaca la perpetuidad, constituye una excepción a la reseñada prohibición jurisprudencial, que impide pueda sancionarse su comercialización con la nulidad.”

[Texto completo de la sentencia](#)
