

## PARTICIPACIONES PREFERENTES

### *Nulidad por error esencial y excusable en el consentimiento*

[STS, Sala de lo Civil, núm. 580/2017, de 25 de octubre, recurso: 1950/2015. Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres. Presidente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán.](#)

**La venta de las acciones objeto del canje obligatorio no priva a los adquirentes de los títulos canjeados de la acción de anulabilidad – El canje obligatorio y la posterior venta de sus acciones no confirman ni convalidan el contrato viciado – Inexistencia de caducidad de la acción y existencia de error vicio del consentimiento (sinopsis de Fernando Zunzunegui e Ignacio Martín).**

**La venta de las acciones objeto del canje obligatorio no priva a los adquirentes de los títulos canjeados de la acción de anulabilidad:** “(...) Esta cuestión ha sido tratada por esta sala en la sentencia 448/2017, de 13 de julio. Dijimos en dicha resolución que no puede considerarse, con fundamento en el art. 1307 CC, que la venta voluntaria de las acciones objeto de canje obligatorio prive a los adquirentes de los títulos canjeados de su acción de anulabilidad. Las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas salieron del patrimonio de la recurrente en el momento del canje obligatorio, por lo que ya desde esa fecha no era posible su restitución en ejecución de una eventual sentencia que declarara la nulidad del negocio originario de adquisición. De manera que la posterior aceptación de la oferta de adquisición del FGD no añadió nada a dicha imposibilidad de restitución, puesto que los títulos ya habían salido del patrimonio de la adquirente, no por su voluntad, sino por imposición administrativa anterior a la aceptación de la oferta de compra de las acciones. La cual, por cierto, no se hizo conforme a un precio negociado, y ni siquiera de mercado, sino conforme al precio fijado por un experto designado por el FGD, en el marco de la intervención administrativa de la entidad emisora y comercializadora. Ahora bien, el art. 1307 CC no priva de la acción de anulabilidad al contratante afectado por un vicio determinante de tal nulidad, sino que únicamente, ante la imposibilidad de restitución por pérdida de la cosa, modula la forma en que debe llevarse a cabo la restitución de las prestaciones. Y a esa modulación se adaptaron lo solicitado en la demanda y lo concedido en la sentencia de primera instancia. (...) Tampoco cabe considerar que, conforme al art. 1314 CC, se haya extinguido la acción de nulidad contractual. A tenor del primer párrafo de dicho precepto, se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa que constituya su objeto se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitarla. Y no puede considerarse que la recurrente, por el hecho de efectuar el canje obligatorio y vender posteriormente las acciones hubiera perdido la cosa (las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas) por dolo o culpa. Es más, dicha pérdida ni siquiera le es imputable, en cuanto vino impuesta por el FROB y por las propias circunstancias económicas de la entidad emisora/comercializadora: o vendía con pérdida o no recuperaba nada de lo invertido. El art. 49.2 de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, impide a los perjudicados solicitar la indemnización de daños y perjuicios por el menor valor obtenido por las acciones en relación con el capital invertido, pero no veda la posibilidad de ejercicio de la acción de restitución basada en la existencia de error vicio (...)”.

**El canje obligatorio y la posterior venta de sus acciones no confirman ni convalidan el contrato viciado:** “(...) La cuestión de la posible confirmación o convalidación de la nulidad por el posterior canje de las participaciones preferentes y las

obligaciones subordinadas inicialmente adquiridas por acciones de la misma entidad emisora y la ulterior venta de tales acciones ha sido tratada por las sentencias de esta sala 57/2016, de 12 de febrero ; 589/2016, de 30 de septiembre ; 605/2016, de 6 de octubre ; 614/2016, de 7 de octubre ; y 448/2017, de 13 de julio . En las que dijimos que no cabe considerar que la nulidad del consentimiento quedara posteriormente sanada o convalidada por el canje de las obligaciones subordinadas por acciones, puesto que el error ya se había producido y la cliente, ante el riesgo cierto que suponía que la entidad emisora no tenía la solvencia que manifestaba, aceptó dicho canje y posterior venta de las acciones obtenidas a fin de intentar incurrir en las menores pérdidas posibles. (...) El canje obligatorio impuesto por el FROB no es, desde luego, un acto facultativo que quepa atribuir a la mera voluntad de la recurrente. Igualmente, la aceptación de la oferta de adquisición de las acciones recibidas a cambio de las obligaciones subordinadas no integra un acto voluntario en sentido estricto, puesto que, en realidad, no existía otra alternativa razonable para los adquirentes, atendidas las vicisitudes por las que atravesaba la entidad intervenida. Además, no puede tenerse por acto propio de sentido confirmatorio inequívoco la venta posterior de las acciones al FGD, en tanto que la vendedora manifestó de forma expresa que aceptaba la oferta del FGD por no tener otra opción para recuperar una parte de lo invertido y sin renunciar a ninguna de las acciones derivadas del contrato que frente a la misma tuviera conforme a derecho. Las circunstancias concurrentes, relativas a la imposición a la adquirente por disposición administrativa, adoptada en el marco de la intervención de la entidad demandada, de la transmisión de los títulos de participaciones preferentes y deuda subordinada y de la reinversión de lo obtenido en acciones no negociables de Catalunya Banc S.A., seguida de la aceptación de la oferta para su adquisición efectuada por el FGD, impiden considerar que nos encontremos ante un supuesto de confirmación tácita, en los términos del ya (...).”

**Inexistencia de caducidad de la acción y existencia de error vicio del consentimiento:** “(...) La estimación del recurso de casación supone la anulación de la sentencia recurrida y la asunción de la instancia, a fin de resolver los motivos de apelación que no fueron resueltos por la Audiencia Provincial al apreciar la falta de acción: caducidad de la acción y error vicio en el consentimiento. (...) Respecto de la caducidad de la acción, desde la sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, venimos sosteniendo que en los casos de contratos financieros complejos el día inicial para el cómputo del plazo de caducidad de la acción de anulabilidad por error vicio del consentimiento no puede quedar fijado antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error. En este caso, la Sr.<sup>a</sup> Delia no pudo tener conocimiento de la existencia del error hasta que se aprobó por el FROB el Plan de Resolución de Catalunya Banc, S.A., el 27 de noviembre de 2012. Y como quiera que la demanda se presentó el 24 de enero de 2014, es patente que no había transcurrido el plazo de cuatro años previsto en el art. 1301 CC. (...) En cuanto al error vicio del consentimiento, hemos dicho en múltiples resoluciones, que por reiteradas y conocidas es ocioso citar, que 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. La normativa del mercado de valores, incluida la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que

tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza. (...) En este caso, como correctamente afirma la sentencia de primera instancia, no consta que se informara a la cliente sobre la naturaleza, características y riesgos del producto; ni puede considerarse que las órdenes de compra fueran suficientes a los efectos de dar cumplimiento a las obligaciones legales de información previstas en los arts. 79 y 79 bis LMV y en el RD 629/1993, cuando ni siquiera se han aportado al procedimiento. Tampoco consta que se hiciera un estudio previo del perfil inversor de la cliente, o que se considerase si la inversión en participaciones preferentes y deuda subordinada era adecuada a dicho perfil. Como consecuencia de lo cual, debe desestimarse el recurso de apelación y confirmarse plenamente la sentencia de primera instancia (...)."

[Texto completo de la sentencia](#)

\*\*\*