

## PARTICIPACIONES PREFERENTES

### *Nulidad por error vicio*

[STS, Sala de lo Civil, núm. 51/2018, de 31 de enero, recurso: 2542/2015. Ponente: Pedro José Vela Torres. Presidente: Francisco Marín Castán](#)

**Legitimación activa tras el canje obligatorio y la posterior venta de las acciones obtenidas – El canje obligatorio y la posterior venta de las acciones obtenidas no suponen confirmación o convalidación del contrato viciado – Error vicio del consentimiento derivado de la falta de información (sinopsis de Fernando Zunzunegui e Ignacio Martín).**

**Legitimación activa tras el canje obligatorio y la posterior venta de las acciones obtenidas:** “[...] **1.-** El problema de la legitimación activa tras el canje obligatorio de las participaciones preferentes y/o obligaciones subordinadas y su posterior venta al Fondo de Garantía de Depósitos (FGD) ha sido tratado por esta sala en las sentencias 448/2017, de 13 de julio, 580/2017, de 25 de octubre; y 670/2017, de 14 de diciembre. Dijimos en dichas resoluciones 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 salieron del patrimonio de los recurrentes 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 los adquirentes, 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. **2.-** 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 los recurrentes, por el hecho de efectuar el canje obligatorio y vender posteriormente las acciones hubieran perdido la cosa (...) por dolo o culpa. Es más, dicha pérdida ni siquiera le es imputable, en cuanto que vino impuesta por el FROB y por las propias circunstancias económicas de la entidad emisora/comercializadora: o vendían con pérdida o no recuperaban nada de lo invertido [...]”.

**El canje obligatorio y la posterior venta de las acciones obtenidas no suponen confirmación o convalidación del contrato viciado:** “[...] **1.-** 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; 448/2017, de 13 de julio; 580/2017, de 25 de octubre; y 670/2017,

de 14 de diciembre. En las que dijimos que no cabe considerar que la nulidad del consentimiento quedara posteriormente sanada o convalidada por el canje de los títulos por acciones, puesto que el error ya se había producido y los clientes, 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. **2.-** El canje obligatorio impuesto por el FROB no es, desde luego, un acto facultativo que quepa atribuir a la mera voluntad de los recurrentes. Igualmente, la aceptación de la oferta de adquisición de las acciones recibidas a cambio de las participaciones preferentes 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. Las circunstancias concurrentes, relativas a la imposición a los adquirentes por una disposición administrativa, adoptada en el marco de la intervención de la entidad demandada, de la transmisión de los títulos de participaciones preferentes 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 citado art. 1311 CC. Resulta palmario que a quien se le impuso administrativamente canjear sus participaciones preferentes por acciones no pueda imputársele posteriormente la realización de un acto propio en sentido jurídico (...), ni tampoco que dicho acto impuesto revele de forma inequívoca una determinada voluntad [...].”

**Error vicio del consentimiento derivado de la falta de información:** “[...] 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 (...) que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza. **3.-** En este caso, no consta que se informara a los clientes sobre la naturaleza, características y riesgos del producto; ni puede considerarse que la orden de compra fuera suficiente a los efectos de dar cumplimiento a las obligaciones legales de información previstas en el art. 79 bis LMV y en el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión Tampoco consta que se hiciera un estudio previo del perfil inversor de los clientes, o que se considerase si la inversión en participaciones preferentes era adecuada a dicho perfil. En efecto, en la orden de compra figuraba que se trataba de un producto «agresivo» y que estaba indicado para clientes dispuestos a «asumir disminuciones a corto plazo de la inversión y mayores volatilidades». Pero no se advertía del carácter perpetuo de la inversión, ni del riesgo en caso de insolvencia de la entidad emisora. Por el contrario, en un documento manuscrito en papel con membrete de la propia entidad emisora y vendedora, se indica que los 11.000 € invertidos en preferentes se podían «sacar» sin penalización y tenían total disponibilidad, lo que era completamente contrario a las propias características del producto. Es más, la propia empleada de la entidad que le vendió el producto a los demandantes declaró en el juicio, como diligencia final, que los mismos eran clientes conservadores, con experiencia únicamente en imposiciones a plazo fijo; que se les ofreció el producto como un combinado de plazo fijo y participaciones preferentes; que se les dijo que podrían recuperar la inversión en cualquier momento; y que no se les indicó que era una inversión perpetua y de alto riesgo [...]”.

[Texto completo de la sentencia](#)

\*\*\*