

## **Participaciones preferentes y vicios en el consentimiento**

De acuerdo con la definición ofrecida por el Banco de España, las participaciones preferentes “son un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios), y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor” (<http://www.bde.es/clients/tebanca/glosario/p/participaciones.htm>).

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 58/2012, de 3 de febrero, resuelve un supuesto cuyo origen se encuentra en la suscripción por parte de un consumidor de participaciones preferentes de una entidad bancaria. Así la parte actora instó la declaración de nulidad de los contratos celebrados con la entidad, en base a la supuesta existencia de vicios en el consentimiento, y, subsidiariamente, la resolución contractual basada en el incumplimiento por parte del banco de su deber de información sobre el producto financiero. Por su parte, la entidad demandada se opuso a dicha pretensión alegando que la información facilitada era suficiente.

Tras la desestimación de la demanda en primera instancia, la Audiencia Provincial niega la existencia de posibles vicios del consentimiento, dando por buena la valoración probatoria realizada por el órgano a quo. Respecto de la pretensión subsidiaria, a pesar de no resultar de aplicación la Ley 47/2007, de 19 de diciembre (transposición de la Directiva MiFID, entre cuyos objetivos se encuentra reforzar la protección a los inversores), si resultan aplicables, tanto la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (art. 79), como el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo. Así, en las referidas normas ya se imponía a la entidad bancaria la obligación de suministrar toda la información que pudiera ser relevante para la adopción por parte del cliente de la decisión de invertir. Sin embargo, el órgano ad quem desestima el recurso en base a las cualidades subjetivas y formación profesional de la inversora (licenciada en derecho e interventora municipal), así como al hecho objetivo de haber suscrito ya este tipo de productos financieros en ocasiones anteriores (estando por ello familiarizada con los mismos). Por ello, la Audiencia Provincial determina finalmente que la información verbal facilitada por el empleado de la entidad era suficiente para que la inversora conociese la naturaleza, ventajas y riesgos de la operación, y, por lo tanto, no se considera infringida la obligación de información que la normativa establece.

Al margen de la resolución reseñada, y centrándonos exclusivamente en la posible existencia de vicios del consentimiento en supuestos de suscripción de participaciones preferentes, podemos afirmar que la jurisprudencia menor se ha venido inclinando mayoritariamente por negar esta posibilidad (SAP Islas Baleares 278/2011, de 2 de septiembre; SAP Madrid 587/2011, de 29 de noviembre y 156/2011 de 6 de abril; SAP Valencia 327/2008 de 2 de julio; SAP Asturias 431/2011, de 26 de septiembre).

En efecto, para que el error en el consentimiento invalide el contrato, es necesario que concurren una serie de requisitos: a) que el error recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que hubieran llevado a celebrarlo (art. 1266 CC); b) que derive de hechos descocidos por el obligado; c) que no sea imputable a quien lo padece; d) que exista un nexo entre el error y la finalidad que se pretendía con el negocio jurídico; e) que sea excusable, es decir, que no se pudiera haber evitado empleando una diligencia media de acuerdo con la buena fe (STSS 18 de febrero de 1994, 11 de mayo de 1998, y 26 de junio de 2000, entre otras muchas).

A favor de la apreciación de error en el consentimiento, únicamente podemos destacar, por el momento, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares 91/2011, de 21 de marzo. Como primer pronunciamiento significativo, la resolución señalada establece que la carga probatoria del correcto asesoramiento e información ha de recaer sobre el profesional financiero (inversión del onus probandi), lo cual es consecuencia de la extremada dificultad que supondría para el cliente de la entidad acreditar un hecho negativo, como es la ausencia de dicha información. En cuanto al fondo del asunto, la Audiencia llega a la conclusión de que los actores prestaron su consentimiento por error, debido a que los empleados de la entidad demandada, no solo no les explicaron toda la verdad (limitándose a mencionar las ventajas de la inversión, pero sin valorar los altos riesgos y posibles daños que la operación podría comportar), sino que incluso aseguraron a los clientes que la operación estaba garantizada y que por tanto no subirían pérdida del capital invertido. Finalmente, en base a lo expuesto, la Audiencia Provincial termina por declarar la nulidad de los contratos suscritos (ex arts. 1265 y 1266 CC).

En conclusión, podemos afirmar que a pesar del escaso éxito (en cuanto al número de resoluciones estimatorias) que hasta el momento vienen teniendo las demandas de nulidad en base a la existencia de error en el consentimiento, no conviene descartar esta vía en los supuestos de contratación de participaciones preferentes, sin

perjuicio de la acción resolutoria basada en el incumplimiento del deber de información por parte de la entidad bancaria. En cuanto a los motivos de nulidad, pueden aducirse varios en vista de la jurisprudencia analizada. Desde un punto de vista objetivo, podría alegarse que el error es consecuencia del desconocimiento por parte del inversor de la verdadera naturaleza jurídica del negocio celebrado (porque no se le explicó en el momento de la suscripción que la rentabilidad se hallaba subordinada a la obtención de beneficios; porque desconocía los riesgos propios de la operación, tales como la posible pérdida de valor de las participaciones en el mercado de valores; por que se le aseguro que el reembolso de la inversión estaría garantizado, mediante la amortización por la propia entidad, etc.). Por otra parte, desde un punto de vista subjetivo, entendemos que podría resultar adecuado alegar la condición inexperta del inversor y su total desconocimiento en temas bursátiles, unido al eventual perfil conservador del mismo (situaciones ambas, que han sido muy habituales entre los contratantes de estos productos).

En todo caso, no debemos olvidar las dificultades existentes a la hora de lograr la declaración de nulidad. En este sentido, cabe apuntar que una de las características de las participaciones preferentes es su liquidez limitada, subordinada a que la demanda en el mercado secundario sea suficiente para que éstas puedan ser colocadas a otros inversores. Así, dado que en numerosos supuestos no se ha producido una pérdida (stricto sensu) del capital invertido, sino más bien una situación de liquidez insuficiente, consecuencia de las circunstancias económicas desfavorables, podría ponerse en tela de juicio que la conducta de la entidad pueda haber inducido a error al inversor.

**Miguel Fernández Benavides**