DIES A QUO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE BONOS CONVERTIBLES CANJEADOS VOLUNTARIAMENTE: SU CANJE NO COMPORTA LA CONSUMACIÓN DEL CONTRATO*

Comentario a la STS n.º 152/2021 de 16 marzo (ECLI:ES:TS:2021:1076)

Alicia Agüero Ortiz**
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Fecha de publicación: 21 de abril de 2021

El 7 de octubre de 2009, unos inversores firmaron con Banco Popular Español S.A. (actualmente, Banco Santander S.A.) una orden de suscripción de unos bonos convertibles en acciones del Banco Popular, por importe de 50 000€. Con posterioridad, el 3 de mayo de 2012, ordenaron el canje voluntario de dichos bonos por otros bonos subordinados obligatoriamente convertibles, emisión II/2012, con fecha de vencimiento el 25 de noviembre de 2015, momento en que fueron convertidos en acciones y la pérdida fue fatal.

En 2017, los inversores demandaron al banco solicitando que se declarase la nulidad por error en el consentimiento de la orden de suscripción, de fecha 7 de octubre de 2009; así como la operación posterior de canje de dicho producto por nuevos bonos, de 3 de mayo de 2012. Por su parte, el banco se opuso alegando, entre otros motivos, que la acción estaba caducada puesto que habían transcurrido más de cuatro años desde la consumación del contrato, lo que entendía se produjo el 3 de mayo de 2012 al canjear los bonos convertibles, así como que fue a partir de dicho momento cuando los demandantes

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social", dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha" (PCRECLM) con SBPLY/19/180501/000333, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana.
** ORCID ID: 0000-0003-2794-9200; LinkedIn: https://www.linkedin.com/in/alicia-ag%C3%BCero-ortiz-71040880/

pudieron ser conscientes del error, pues ya en ese momento los bonos tenían un valor de 20 487€ (según la información fiscal de marzo de ese año), frente a los 50 000€ correspondientes al precio de adquisición.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y comprendió, en relación con la caducidad de la acción, que el *dies a quo* debía ser situado cuando los *bonos* se transformaron en acciones, el 25 de noviembre de 2015, y no el 3 de mayo de 2012. Por el contrario, la AP de Asturias estimó que la acción estaba caducada ya que el *dies a quo* debía ser aquel en que los demandantes tuvieron cabal y completo conocimiento del error, en cuanto a los riesgos que conllevaban esos bonos de la pérdida de parte del capital invertido, lo que tuvo lugar el 3 de mayo de 2012, cuando se produjo el canje voluntario de los bonos de la primera emisión por los de la segunda, con una depreciación del 40% como se reflejaba en la información fiscal remitida por el banco y, añadía, no podía desconocer dado su perfil de inversores especuladores y experimentados. Frente a dicha sentencia, los inversores interpusieron un recuso de casación ante el Tribunal Supremo.

En estas circunstancias, el TS estimó el recurso de casación compartiendo criterio con el juez de instancia, reiterando[1] que, "una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el mercado financiero *debe impedir que la consumación del contrato, a efectos de* determinar el *momento inicial* del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error, *quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error*". En consecuencia, entendió que "la contratación de un producto como el litigioso *(bonos necesariamente convertibles en acciones) no puede entenderse consumada con su adquisición* (…), sino con la fecha de conversión obligatoria [el 25 de noviembre de 2015], que es el momento en que se materializa el riesgo y la inversión cumple su finalidad económica".

En relación con los bonos adquiridos en 2012, dejando de lado argumentos relativos a la posible confirmación del consentimiento por el canje del producto luego controvertido, conociendo ya los riesgos (depreciación), por otro idéntico; debe reconocerse que, efectivamente, la consumación del contrato no es identificable con la perfección del contrato ni con el momento de adquisición. Sin embargo, debe apreciarse que los demandantes no interesaban únicamente la nulidad de los bonos obtenidos en el canje (emisión de 2012), sino también los adquiridos en 2009 (que ya padecieron una depreciación del 40%, de la que hubieron de apercibirse al canjearlos en 2012). Esta contratación de 2009 fue consumada puramente en 2012, momento en el cual se agotaron

[1] Vid. SSTS n.º 769/2014 de 12 de enero; 89/2018 de 19 de febrero; 409/2019 de 9 de julio; 357/2020 de 24 de junio.

todas las prestaciones y obligaciones derivadas del contrato[2], por lo tanto, comprendemos que, al menos, respecto de esta contratación la acción sí estaba caducada, sin que pueda extenderse el *dies a quo* establecido en el art. 1301 CC (consumación) al descubrimiento de que las pérdidas, en unos bonos futuros, podrían ser totales y no solo del 40%.

[2] SSTS de 11 de junio de 2003 (RJ 2003, 5347); 11 de julio de 1984 (RJ 1984, 3939); 27 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2201); 5 de mayo de 1983 (RJ 1983, 2669).