

¿Suscripción de aumento de capital como confirmación del contrato anulable de adquisición de la condición de socio?

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Curiosa sentencia, y en mi opinión equivocada, que califica de confirmación de contrato anulable la concurrencia del actor al aumento de capital de la sociedad cuyas acciones adquirió como «liquidación» de una inversión financiera fallida.

El inversor minorista adquiere instrumentos financieros complejos que se liquidan sin abono de efectivo y con la entrega de algo más de setenta y cinco mil acciones del Banco Popular. Posteriormente concurre a un aumento de capital. El actor pide la nulidad por vicio de consentimiento de «los distintos contratos, órdenes y pólizas por los que se efectuó por mi mandante desde el año 2007, operaciones de inversión en productos financieros complejos y operaciones de financiación, en el marco de los servicios de asesoramiento en materia de inversión y servicios auxiliares prestados por Popular Banca Privada S. A. y por Banco de Castilla S. A. a) Operación de suscripción del contrato financiero a plazo Athena Popular 100 % 3YRS, de fecha 13/08/2007 [...]. b) Operación de 5 de diciembre del 2012 de suscripción de 227 961 acciones utilizando los derechos de suscripción preferente correspondientes a las 75 987 acciones del Banco Popular recibidas por la amortización del CFA Athena Popular 100 % 3YRS». La demanda fue presentada el 28 de abril del 2014.

La acción de nulidad será desestimada en las tres instancias al considerar que el actor confirmó el contrato original al concurrir al aumento de capital del Banco Popular.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

La doctrina de la **Sentencia del Tribunal Supremo 564/2019, de 23 octubre**, es la que sigue:

Según el artículo 1311 del Código Civil, hay confirmación tácita «cuando, con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo». En la jurisprudencia, el análisis de si los hechos realizados por el legitimado para impugnar el contrato comportan su confirmación no se dirige a identificar una voluntad autónoma de renuncia a la acción. A partir del análisis del comportamiento del titular de la acción se concluye si su conducta es jurídicamente significativa para entender que ha confirmado el contrato y, si es así, el confirmante ya no podrá impugnarlo. Precisamente porque en la confirmación tácita esa voluntad debe manifestarse mediante actos concluyentes —mediante un comportamiento del que se infiera inequívocamente la voluntad de confirmar—, esta Sala, en la impugnación de contratos financieros por clientes que habían padecido un error invalidante como consecuencia de la falta de información, ha declarado que no había confirmación por el mero hecho de recibir liquidaciones o por no protestar inmediatamente al recibir liquidaciones gravosas, y tampoco por cancelar anticipadamente el contrato mediante la celebración de otro parecido en condiciones que se consideraban más beneficiosas cuando tampoco a la hora de celebrar el nuevo contrato se informó sobre los riesgos que comportaban.

Como explica la Sentencia del Tribunal Supremo 344/2017, dicha conducta encuentra justificación en el riesgo cierto de que tal situación se vaya agravando y suponga un importante quebranto económico. Es decir, en evitar la «sangría económica que suponen las sucesivas liquidaciones negativas». Por ello, en estas ocasiones, la Sala ha apreciado que la finalidad de esa actuación no fue la confirmación del contrato viciado, sino enjugar el riesgo de insolvencia que se cernía sobre los clientes si se seguían produciendo liquidaciones negativas. Por esa razón, en estos casos, se ha rechazado también que el cliente fuera contra sus propios actos al ejercer la acción de anulación, pues no había confirmado el contrato. Pero nada de esto ocurre en el presente caso. El ahora recurrente recibió las acciones del Banco Popular como consecuencia de la liquidación del contrato que ahora impugna, por lo que al menos en ese momento ya cesó el error que pudo padecer al contratar el producto litigioso. Precisamente porque, fruto del contrato que impugna, devino accionista, pudo concurrir a la ampliación de capital mediante el ejercicio de los derechos de suscripción preferente. En atención a estas circunstancias, esta Sala considera, al igual que la sentencia recurrida, que cabe inferir una confirmación tácita del contrato. El comportamiento del demandante no puede justificarse en el mero deseo de evitar el riesgo de enjugar las pérdidas del producto inicialmente contratado porque el contrato ya estaba amortizado y liquidado. La nueva inversión era posible precisamente por ser accionista, al estar facultado en su condición de titular de las acciones que había recibido por la liquidación del producto obtenido en el contrato impugnado. En consecuencia, la conducta del actor, razonablemente, debe ser interpretada como confirmación del contrato por el que había devenido accionista y, por lo mismo, su acción de impugnación no puede prosperar.

Comentario

El producto financiero se adquirió en el 2007. No consta en los datos cuándo se liquidó el contrato mediante la entrega de acciones del Banco Popular, suceso con el que se amortiza y liquida,

afirma varias veces la Sala, el primer contrato. La suscripción de acciones por aumento de capital del Banco Popular tiene lugar en el 2012. Se trata de una sucesión de plazos y acontecimientos sobre los que el relato de la Sala no es claro.

¿Cuándo «sale» de su error el inversor? Parece que la Sala sostiene que con la liquidación (negativa) del contrato y entrega de acciones del Banco Popular. Conforme a la jurisprudencia última del Tribunal Supremo, en materia de anulabilidad no corre el plazo del artículo 1301 del Código Civil desde la «consumación» como tal, sino desde que el inversor en el producto financiero complejo salió del error. Debemos suponer entonces que desde aquella ignorada fecha hasta el día de la demanda no habrán transcurrido cuatro años, porque, de ser así, sobraba la referencia a la confirmación.

Es curioso que la sentencia sostenga que la confirmación se produjo con la suscripción del aumento de capital en el 2012, y no directamente con la firma de la liquidación del contrato por el que se le entregaron acciones del banco. Y que lo que se confirma con ello es el contrato de inversión original, no la liquidación del contrato primero.

Dejando de lado las incertidumbres que nos produce desconocer fechas relevantes y la doctrina ambigua de la Sala sobre cuál es la materia y el referente de la confirmación, es mi opinión que la sentencia está equivocada. Por las razones siguientes:

1. No cabe una acumulación de acciones independientes de nulidad —una sobre la adquisición del producto financiero, otra sobre la firma de la liquidación— con resultado financiero adverso y entrega de acciones de la entidad. Como la liquidación no pudo incurrir en vicio del consentimiento (autónomo), tampoco la suscripción de nuevas acciones. No sólo se trata de operaciones que no inauguran un nuevo curso de acción a efectos de plazos de anulabilidad, sino que tampoco interrumpen el iniciado, que tiene por objeto y único la suscripción primera. Por tanto, la demanda de nulidad debería haber sido desestimada por modo defectuoso de plantear una acción de nulidad contractual.
2. La entrega inicial de acciones del Banco Popular en la liquidación de la inversión originaria no es propiamente un «canje». La jurisprudencia suele negar que el canje de instrumentos financieros por intervención del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) comporte una confirmación del contrato financiero original. Pero no era ésta la situación de nuestro caso. Si hubiera existido un canje de títulos, habría confirmación.
3. Suponiendo que la acción no estuviese prescrita —sobre lo que nada puedo adelantar—, me parece evidente que no es confirmación del negocio original la concurrencia al aumento de capital de un banco cuyas acciones han sido adquiridas en origen por el actor como liquidación de un contrato previo de inversión compleja. Desde el momento en que el actor deviene accionista de la sociedad, cualesquiera acciones de tipo societario que como socio acometa no pueden ser nunca confirmación de un contrato distinto que no tenga por objeto la entrada en el capital social, sino seguimiento de un curso ordinario de acción que como socio le es

atribuido. No hay «congruencia» entre la inversión en un producto financiero no societario y la conducta ulterior de socio del contratante, por lo que su conducta actual no puede referirse a aquélla.

4. El actor tenía razón al justificar su conducta. La concurrencia al aumento de capital era una estrategia, finalmente fallida, pero neutral *ex ante*, por la que intentaba paliar sus pérdidas. En un momento de su recurso, el actor se refería a la carga de minimizar sus daños. El asunto es muy interesante y da para diversas consideraciones, pero no vamos a desarrollarlas ahora. No puede justificar su conducta como «mitigación» del daño porque el actor no ejerció una acción de daños, sino de nulidad, por lo que la adquisición de nuevas acciones no produjo provecho alguno («rebaja de indemnización») para el banco. Pero sí es cierto que, cuando menos, se trata de una estrategia racional para intentar salir de una espiral de pérdidas. Sea lo que fuere, es evidente que con su conducta no está confirmando ni ratificando ni dando por buena una inversión financiera hecha en el pasado.