

PARTICIPACIONES PREFERENTES

Nulidad por vicio del consentimiento

[SJPI, Mataró, del 5 de febrero de 2013](#)

Nulidad por vicio del consentimiento (Estimación) – Sociedad Vehículo – Naturaleza de recursos propios – Test de conveniencia simplísimo – Límite a la capacidad de defensa de la entidad – Responsabilidad de tipo cuasi delictual (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Paloma Corbal)

Nulidad por vicio del consentimiento: *“En definitiva, dentro del dolo civil se incardina la maquinación fraudulenta o la emisión de expresiones insidiosas sin las que el cliente no hubiera suscrito el contrato cuya anulabilidad se insta y, aun cuando el término de participación preferente no ha sido creado por las entidades de crédito, sino por la propia ley, su mismo nombre es un ejemplo de despropósito legal porque es una denominación engañosa por sí misma e inductora a confusión aún incluso a personas con conocimientos técnico jurídicos no avanzadas como inversores. Por dos razones, porque no es una «participación» en sentido societario y porque no incorpora ningún derecho que, en rigor, pueda calificarse como «preferente»”.*

Sociedad Vehículo: Con anterioridad al acto de la vista se personó CAIXA LAIETANA SOCIETAT DE PARTICIPACIONS PREFERENTS SA como tercero del art. 13 LEC con voluntad de intervenir adhesivamente en los autos y se admitió su intervención procesal sin la condición de parte demandada. Si bien no se alegó excepción de litisconsorcio pasivo necesario, la misma podría no haber prosperado pues *“conforme al Anexo I del Reglamento Nº 809/2004 de la Comisión, de 29 de abril de 2004, tanto CAJA MADRID (hoy BANKIA) como CAJA MADRID INTERNATIONAL PREFERED S.A., forman parte íntegramente de un Grupo de Sociedades, en la que CAJA MADRID es la entidad dominante, por lo que a pesar de tratarse de dos sociedades con personalidades jurídicas distintas, ello no impide (...) considerar a la dominante como la verdadera titular de las relaciones jurídicas de la dominada”* (sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 5 de Leganés, de 21 de marzo de 2013).

Naturaleza de recursos propios: *“Las participaciones preferentes tienen jurídica y contablemente en los balances de la entidad que las emite una función (...) equiparable a la función del capital social de la entidad y demás elementos componentes del patrimonio neto, es decir, computa como recursos propios de la entidad de crédito emisora (...) y, que determina que el dinero invertido en las mismas esté sujeto por disposición legal y de forma permanente a la cobertura de las pérdidas del emisor, lo que acarrea el riesgo de la pérdida total de la inversión (...) y, por tanto, sus titulares pasan a ser partícipes de su riesgo patrimonial”.*

Test de conveniencia simplísimo: *“El test de conveniencia o MIFID, obligatorio ya en dicha fecha, era un mero trámite, un paso previo y necesario para la suscripción del producto, pero no determinante ya que con independencia del resultado que arroja el mismo, si el cliente quería suscribir el contrato así se hacía (...). Al pie del test MIFID practicado (...) la entidad se permite hacer constar que el test de conveniencia le ha*

resultado negativo al cliente y, por ende, se advierte por el comercializador que el suscriptor no reúne el perfil adecuado para la compra del producto y, pese a ello, pese a ser evidente que no se reúnen los requisitos técnicos para ser destinatario del producto, el comercializador del mismo, que conforme a la normativa de la Ley del Mercado de Valores tiene la obligación de asesorar al cliente sobre la conveniencia de su suscripción, no solo no lo hace, sino que consciente de su inadecuación, permite la suscripción del mismo (...). La -inusual simplicidad- del test de conveniencia efectuado, impide formar a la entidad de crédito una adecuada y cabal representación de los riesgos que para el cliente le supone la operación que le propone y que ello, en sí mismo considerado, debería comportar para la entidad el deber de abstenerse de proponer operaciones complejas a los mismos, en lugar de suscribirlas como se verificó de forma inmediata, al margen del sentido común y legal y, únicamente entendible en la necesidad de capitalización patrimonial de las entidades de crédito que han comercializado estos productos y, nunca en el deber de lealtad contractual y buena fe que debe presidir toda relación inter partes y, más en el caso de autos, en el que se manejan productos financieros complejos entre ahorradores, clientes minoristas, sin formación y conocimiento para entender su significado”.

Límite a la capacidad de defensa de la entidad: “Por parte de la defensa letrada de la entidad demandada se insistió en la fase de conclusiones del juicio que los actores no habían acudido aún a la entidad a intentar recuperar la inversión a través de la venta de las participaciones preferentes en el mercado secundario, con lo que no se podía asegurar que las mismas fueran ilíquidas o que no se pudieran vender en los mercados en que las mismas cotizan. El razonamiento es desde el punto de vista del Tribunal estéril por no decir absurdo. Si a estas alturas alguien pretende decir en una sala de vistas que las participaciones preferentes emitidas o titularizadas por BANKIA SA gozan de liquidez y demanda en los mercados bursátiles es que no ha visto el telediario y no ha leído la prensa en el último año y, si quien lo afirma es su defensor letrado, cabe preguntarse si el legítimo derecho y deber de defensa de su mandante no se transforma en intento de faltar a la inteligencia del Tribunal. Es hecho más que notorio y, por ende, no necesitado de prueba que en los mercados secundarios no cotizan al “alza” los valores financieros de la entidad demandada o las participaciones preferentes emitidas por ella o sus filiales y, que las únicas negociaciones que se verifican diariamente en los mismos obedecen a ventas derivadas de aceptaciones de herencia en las que los adquirentes de las mismas a título sucesorio venden a la baja los referidos productos al objeto de liquidar parte del caudal hereditario. El art. 281.4 LEC exige de prueba los hechos que sean de notoriedad absoluta y, ciertamente, éste lo es sin duda”.

Responsabilidad de tipo cuasi delictual: “La conducta pasa de ser de no honesta ni transparente o sincera, a poder incurrir, presuntamente, en responsabilidad de tipo cuasi delictual, ya que ante un producto complejo, un cliente con alzhéimer y el otro con un perfil no inversor que al practicar el test de conveniencia se evidencia que no es apto para este tipo de productos, se le hace firmar una orden de suscripción, en el acto, sin posibilidad de asesoramiento externo o espacio temporal de reflexión y, sin advertirle que en lugar de depositarios pasan a ser accionistas de la entidad emisora de las participaciones y, que en el supuesto de que se desactive el mercado secundario en el que cotizan estos productos, el capital de la inversión es irrecuperable en dinero, sin perjuicio de otras ofertas en más acciones cotizadas en bolsa (de BANKIA) (...) La entidad comercializadora del producto puede presuntamente haber incurrido en otro tipo de dolo de mayor entidad y gravedad, del que en su caso, deberá responder ante otros organismos públicos”.

[Texto completo de la sentencia](#)
