

PARTICIPACIONES PREFERENTES

Nulidad por vicio en el consentimiento

[SJPI, N° 71, Madrid, de 11 de abril de 2013.](#)

Nulidad por vicio en el consentimiento (Estimación) – Naturaleza de recursos propios – Presunción de la existencia de un contrato atípico de gestión asesorada de cartera – Inadecuada realización del Test de Conveniencia – Inadecuada proporción de información – Ausencia de acto propio (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Paloma Corbal)

Nulidad por vicio en el consentimiento: “La consecuencia de todo lo expuesto no puede ser otra que la de apreciar la existencia, durante el proceso contractual, de vicio esencial en el consentimiento sobre la sustancia y las condiciones objeto del contrato propiciado por la falta de información y claridad por parte de la entidad demandada y que ha provocado un auténtico desequilibrio en la posición de cada parte contratante, en claro perjuicio para los actores”.

Naturaleza de recursos propios: “Las participaciones preferentes tienen jurídica y contablemente en los balances de la entidad que las emite una función eminentemente financiera por disposición legal, equiparable a la función de capital social de la entidad y demás elementos componentes del patrimonio neto, es decir, computa como recursos propios de la entidad de crédito emisora (...). La participación preferente no atribuye derecho de crédito contra la entidad de crédito emisora por el que su titular quede facultado para exigir a ésta la restitución del valor nominal invertido en ella bajo determinadas circunstancias de tiempo o vencimiento (...). Conviene también observar que los accionistas participan de forma directa en la revalorización del patrimonio social del emisor en proporción al valor nominal de sus acciones; en cambio, ante la eventualidad favorable, el valor nominal de la participación preferente permanece inalterable mientras que, por el contrario, sí cabe su reducción en caso de pérdidas del emisor”.

Presunción de la existencia de un contrato atípico de gestión asesorada de cartera: “Los demandantes (...) habían contratado (...) productos financieros de perfil de riesgo muy bajo (...) y que no participan del riesgo de las participaciones preferentes (...). Siendo así, parece poco probable que los actores se interesasen por un producto de especial complejidad y riesgo como son las participaciones preferentes. Partiendo de los datos anteriores, se deduce razonablemente que los empleados de la entidad bancaria ofrecieron y asesoraron a los actores sobre la conveniencia de suscribir participaciones preferentes (...). En definitiva, se concluye que Bankia respecto a los actores no se limitó a desarrollar una actividad de intermediación o comercialización, sino que asesoró de forma personalizada a los actores integrando un contrato atípico de gestión asesorada de cartera”.

Inadecuada realización del Test de Conveniencia: “Se les practicó Test de Conveniencia. Ahora bien, examinado el documento (...) se llega a la conclusión de que el test está integrado por preguntas básicas y genéricas que en modo alguno pueden aportar información sobre la conveniencia de ofrecer (...) un producto de la complejidad de las

participaciones preferentes. También resulta significativo que el Test de Conveniencia se practica en una sucursal distinta de la sucursal donde se firma la orden de suscripción de participaciones preferentes (...). El Test de Conveniencia se convierte en un mero trámite para cumplir formalmente con la normativa vigente, pero no satisface la finalidad de obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente y, a pesar de ello, de forma inmediata se procede a suscribir la compra de participaciones preferentes; un producto de alto riesgo que no era adecuado al perfil de los clientes”.

Inadecuada proporción de información: “En lo concerniente al folleto informativo, su entrega se realiza el mismo día que la firma de la orden de suscripción de las participaciones preferentes, el test de conveniencia y el documento de riesgo de esta operación (...). Obviamente, esta operativa no es la adecuada para que el cliente obtenga una información adecuada y suficiente del tipo de negocio que realiza. Y ellos es así, porque el folleto informativo no es de lectura simple y, por tanto, cuando los clientes firman la orden de compra desconocen las características técnicas y los riesgos que comportan de las participaciones preferentes (sic)”.

Ausencia de acto propio: “No constituye acto propio el hecho de que los clientes no pusieran objeción a los contratos mientras han estado percibiendo pago de cupones (...) pues como señala la STS de 23-11-2004 “Para aplicar el efecto vinculante, de modo que no sea admisible una conducta posterior contraria a la que se le atribuye a aquel, es preciso que los actos considerados, además de válidos, probados, producto de una determinación espontánea y libre de la voluntad, exteriorizados de forma expresa o tácita, pero de modo indubitado y concluyente, además de todo ello, es preciso que tengan una significación jurídica inequívoca, de tal modo que entre dicha conducta y la pretensión ejercitada exista una incompatibilidad o contradicción” y “como consecuencia, el principio general del derecho –fundado en la confianza y la buena fe que debe presidir las relaciones privadas- no es aplicable cuando los actos tomados en consideración tienen carácter ambiguo o inconcreto”. En el presente caso tal acto inequívoco no se ha producido (...). Es lógico que los actores alcanzasen a comprender el error sufrido cuando han dejado de percibir el pago de las liquidaciones y hayan comprobado que no pueden recuperar su inversión”.

[Texto completo de la sentencia](#)
