

PARTICIPACIONES PREFERENTES

Nulidad por error y dolo

[SJPI, N° 84, Madrid, 24 de mayo de 2013.](#)

Nulidad por error y dolo omisivo (Estimación) – Rentabilidad condicionada – Comercialización masiva del producto – Existencia de asesoramiento – Relación de confianza banco-cliente – Producto inadecuado para perfil conservador – Información exigible en fase precontractual – Carga de la prueba de la información – Suscripciones anteriores no eximen del deber de información (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Paloma Corbal)

Nulidad por error y dolo omisivo: “Prestaron su consentimiento por error, porque en la formación de la voluntad negocial no recibieron la información necesaria para que ese consentimiento fuera libre, válido y eficaz. (...) La entidad bancaria propició y consintió que sus clientes firmaran los documentos movidos por la confianza inherente a la relación y por los términos de la información verbal (...). Bankia asesoró a los demandantes sobre la contratación de un producto que nunca debió ofrecerles sin elaborar un test de idoneidad que, realizado de forma objetiva e imparcial, debía evidenciar la incompatibilidad entre el producto recomendado y el perfil de sus clientes. Además, proporcionó una información engañosa, encuadrable en el dolo omisivo, sobre las participaciones preferentes y ocultó la información más relevante sobre el producto en cuestión. (...) El consentimiento contractual de los demandantes quedó viciado por error invalidante y excusable (...) y que ese error no pudo ser salvado por su formación personal ni por su experiencia financiera, completamente insuficiente para entender la naturaleza y el funcionamiento de las participaciones preferentes, ni los riesgos asociados. El error es excusable precisamente porque está causado por la conducta activa/omisiva de la entidad bancaria y tiene la entidad suficiente como para invalidar el consentimiento de los demandantes, porque recae sobre un elemento esencial del contrato, no les es imputable y no pudo ser salvado por una diligencia media atendida todas las circunstancias expuestas”.

Rentabilidad condicionada: “La rentabilidad (...) siempre estará condicionada legalmente a los resultados económicos de la entidad emisora (...). El sustrato en el que se basa el pago de la retribución puede calificarse como *multicondicional*: deben concurrir diversas exigencias para que realmente llegue a percibirse (...). Es necesario, (...) que la entidad emisora cumpla los requerimientos de recursos propios legalmente exigidos; (...) que existan beneficios distribuibles; y (...) que el consejo de administración u órgano equivalente no decida lo contrario. (...) La única forma de recuperar el nominal de la participación preferente es su venta en un mercado secundario de valores. (...) Si la entidad emisora presenta pérdidas (...) cesa el derecho a la remuneración (...), desaparece de hecho la posibilidad de venderlas (...), se activa el mecanismo, necesariamente previsto en las condiciones de emisión, que asegura “la participación de sus tenedores en la absorción de las pérdidas corrientes o futuras (...) ya sea mediante la conversión de las participaciones en acciones ordinarias (...) ya mediante la reducción de su valor nominal”.

Comercialización masiva del producto: “Es un hecho notorio (...) que las entidades de crédito han conseguido que el pasivo que representaba el dinero depositado por los clientes

minoristas en los típicos productos de ahorro deje de ser tal para pasar a convertirse en recursos propios o patrimonio neto, con la importancia que ello supone desde cualquier perspectiva con la que se analicen sus balances, su situación económica o sus ratings de solvencia. (...) El éxito (...) sería impensable, y este es otro hecho notorio (...), sin la utilización de la red comercial de los bancos y cajas y sin la confianza que el sistema bancario tradicional provoca en clientes minoristas con un elevado nivel de fidelización (...). Pasan de ser titulares de un derecho de crédito frente al banco a ser partícipes de su riesgo patrimonial sin capacidad de decisión sobre ese riesgo. No puede descartarse (...) la concurrencia de conflictos de interés entre la entidad y los clientes”.

Existencia de asesoramiento: “Pese a que no parece que los demandantes fueran clientes del servicio de banca privada, recibieron esa labor de asesoramiento por iniciativa del banco (...) quien llamó a los demandantes para aconsejarles que canjearan las participaciones preferentes que tenían del año 2004 (...). La tesis (...) según la cual la actuación del gestor de banca personal debe encuadrarse en este tipo de recomendaciones genéricas con mero valor comercial no se sostiene, porque (...) lo que existió fue un asesoramiento personalizado, concreto y prestado a iniciativa del propio gestor. (...) No puede descartarse que (...) estuviera relacionado con el notorio interés que la entidad debía tener en la colocación de un producto que estaba en su primera fase de comercialización”.

Relación de confianza banco-cliente: “Es razonable pensar que cuando en un documento complejo se indica con una cruz el lugar donde debe firmar el cliente (...) se parte del entendimiento de que quien firma no va a leer el documento ni siquiera para intentar localizar el lugar donde debe firmar, no porque el cliente sea una persona imprudente que firma sin saber lo que hace, sino porque confía en que lo que está firmando recoge en términos técnicos la información verbal que le ha facilitado el empleado de la sucursal bancaria, máxime cuando existe una larga relación contractual que justifica esa confianza”.

Producto inadecuado para perfil conservador: “Si se entiende que las participaciones preferentes eran, en ese año 2009, un producto inadecuado (...) no es porque el devenir posterior de los hechos haya desembocado en la pérdida patrimonial (...). La reflexión debe ser otra: no era inadecuado porque haya salido mal. Es inadecuado porque ante perfiles conservadores la entidad bancaria no debe aconsejar inversiones de riesgo, por beneficiosas que parezcan en el momento de su contratación. Como indica la STS de 17 de abril de 2013, como un perfil conservador no es compatible con inversiones de riesgo, la pérdida o depreciación de la inversión por causas no conocidas a la fecha en que se realizó no puede ser calificada como caso fortuito (...) si la entidad bancaria hace correr al patrimonio del cliente un riesgo que éste no deseaba”.

Información exigible en fase precontractual: “Se ocultó la información más relevante, en concreto: (...) el papel de la entidad emisora, Caja Madrid Finance Preferred S.A.; (...) la ventaja que la suscripción de participaciones preferentes tenía para la entidad, que fortalecía sus recursos propios, suponía para los clientes la desventaja de que esa parte de sus ahorros pasaba a estar afectada por disposición legal y de forma permanente a la cobertura de las pérdidas de la entidad, de modo que dejaban de ser acreedores del banco para pasar a convertirse en partícipes de sus riesgos ajenos a los posibles beneficios; (...) que el derecho a percibir intereses podía ser suprimido o modificado por hasta cuatro vías diferentes: por decisión discrecional del consejo de administración, si la entidad dejaba de cumplir los requerimientos legalmente establecidos en materia de recursos propios, si la entidad dejaba de tener beneficios o reservas distribuibles y si lo acordaba el Banco de España por la situación financiera de solvencia de la entidad; (...) las condiciones que debían concurrir para mantener el derecho a la remuneración ni, a la inversa, la extraordinaria concentración del riesgo que se produciría si la entidad bancaria tenía dificultades económicas: no sólo se

activaba el mecanismo de suspensión de la retribución, sino que el valor de las preferentes disminuiría considerablemente y su naturaleza de producto perpetuo actuaría con todas sus consecuencias; (...) que la única forma de recuperar el nominal de la participación preferente era su venta en un mercado secundario de valores en el que los propietarios de los títulos no pueden operar y que sólo podría venderse si existía contrapartida compradora; (...) que la posible asimilación en términos de riesgo entre una acción y una participación preferente se ve neutralizada porque el titular de ésta última participa del riesgo sin una correlativa intervención en los dividendos y sin ningún sistema de control de ese riesgo porque carece de derechos políticos; (...) que las participaciones preferentes no atribuyen a sus titulares un derecho a la devolución de su valor nominal, pase el tiempo que pase”.

Carga de la prueba de la información: “La carga de probar que la información facilitada fue la exigible según las normas aplicables y las características del caso concreto corresponde a la entidad bancaria demandada, por los principios de disponibilidad y facilidad de la prueba y por la dificultad que tendría para la parte demandante la prueba de un hecho negativo”.

Suscripciones anteriores no eximen del deber de información: “En todo caso, los efectos de un eventual vicio del consentimiento o del incumplimiento de las obligaciones de información se transmitirían a la operación final, la adquisición de las preferentes del año 2009, que es donde desembocaron las operaciones anteriores. No obstante, si es un hecho relevante la información facilitada a los demandantes en la contratación de estas operaciones, porque si se acreditara el contenido de esa información y su adecuación a la naturaleza y a las características reales del producto podría entenderse que en 2009 esa información no era ya necesaria. (...) Al contrario, la información y la experiencia que los demandantes pudieron obtener de esas operaciones anteriores supone que, sin una actuación activa y diligente del banco, los demandantes podían entender que se trataba de un producto de renta fija segura y líquida en plazos de cinco años (...). El hecho de que los demandantes hayan tenido participaciones preferentes de otras emisiones anteriores no sólo no garantiza que comprendieran el verdadero riesgo de este producto, sino que más bien abona la desinformación sobre él: si no les fue explicado con claridad lo que era, su experiencia por el cobro puntual de los intereses pactados y por ese aparente “vencimiento” a los cinco años lo que hace realmente es apuntalar la creencia de que se trata de un valor seguro y líquido. (...) La previa experiencia de contratantes de este perfil (...) no sólo no exime a la entidad bancaria de cumplir sus obligaciones de información, sino que, al contrario, exagera ese deber. (...) En primer lugar, porque el principio de la buena fe contractual le obliga no sólo a facilitar todos los datos relevantes de lo que realmente está ofreciendo, sino también a deshacer la posible desinformación de los clientes a los que asesoró (...) y que (...) podían tener un entendimiento completamente equivocado de cómo funcionaban (...); y, en segundo lugar, porque ese mismo principio de buena fe suponía la necesidad de explicitar el posible conflicto de intereses que deriva de la contraposición entre las ventajas que para la entidad tenía colocar la emisión de las preferentes y el riesgo que a cambio asumían sus clientes mediante la suscripción”.

[Texto completo de la sentencia](#)
