

OTRA VEZ LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES: EN LA BÚSQUEDA DE LA FRONTERA ENTRE LA INDEFENSIÓN Y EL OPORTUNISMO

Dra. Karolina Lyczkowska
Professional Support Lawyer en DLA Piper Spain
Centro de Estudios de Consumo

Fecha de publicación: 15 de octubre de 2013

En la sentencia de 25 julio de 2013, el juez de primera instancia de Mataró declara nulas tres órdenes de compra de participaciones preferentes debido al error concurrente en los adquirentes, considerando que no se les ha facilitado suficiente información sobre estos productos complejos.

En este Centro ya hemos indicado la reciente tendencia de los jueces a sacar conclusiones elaboradas a partir del hecho de que las participaciones preferentes sean productos complejos y hemos insistido en que las obligaciones de información no están vinculadas directamente con este carácter del producto¹. Recordemos que la única consecuencia normativa de la complejidad del producto es la exigencia de una expresión manuscrita por la que el cliente manifiesta que ha sido advertido de que el producto no es conveniente para él o que no ha sido posible evaluarle, según sea el caso (art. 79bis.7 LMV). No obstante, este requisito no se ha introducido en la Ley del Mercado de Valores y no ha sido exigible hasta el día 31 de agosto 2012. Ninguna de las compras de la sentencia de Mataró es anterior a esa fecha.

La sentencia comentada narra que los actores, una pareja de octogenarios, adquirieron las participaciones preferentes primero en septiembre 2009, por valor de 60.000 euros y luego en agosto 2010 y febrero 2012, habiendo invertido un total de 86.000 euros en este producto. Se constata también que la compradora fue diagnosticada de Alzheimer en el año 2009. El juez estima la demanda de anulación de todos los contratos por error en el consentimiento debido a la falta de suficiente información para ponderar los riesgos de la inversión.

¹ CARRASCO, LYCHKOWSKA, “Las participaciones preferentes son “productos complejos”, pero eso nada importa” <http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/09/Las-participaciones-preferentes-son-productos-complejos-pero-eso-nada-importa.pdf>

No obstante, la misma sentencia admite la buena fe de los empleados de la banca encargados de la operación y que el producto en cuestión hasta el momento de la contratación *no había dado problemas y ofrecía una rentabilidad atractiva* (FJº 7). Lo prueba meridianamente el hecho de que no solo no se haya impugnado el primer contrato en 2009, sino que los adquirentes volvieron a invertir su dinero en los mismos productos en los años 2010 y 2012, por lo que parece que al menos hasta el año 2012 debían estar satisfechos con la operación y suficientemente informados del riesgo de la misma, pese a la pretendida falta de información sobre los rasgos de este tipo de inversión que se imputa a la entidad comercializadora. Se dice que la demandada no prestó un servicio de asesoramiento a los actores sino que se limitó a cumplir la ejecución de la orden recibida, y que a la actora no se le realizó el test de idoneidad. No obstante, de acuerdo con el art. 79bis. 7 LMV lo que debe realizar la entidad bancaria en los casos de servicios distintos del asesoramiento en materia de inversiones es un test de conveniencia y no de idoneidad, indicando su resultado o la imposibilidad de llevarlo a cabo, en su caso, al cliente. La sentencia no se pronuncia sobre si a la actora se le realizó dicha prueba. En cualquier caso, el test de conveniencia implica un menor grado de diligencia exigible que el test de idoneidad, pues no obliga a la entidad a investigar el perfil de conocimientos y experiencia del cliente, sino solamente a solicitar dicha información, pudiendo concluir sobre la conveniencia del producto a base de la información efectivamente facilitada. De hecho, repárese en que la sentencia admite que al actor sí que se realizó dicho test y que pese a haberlo pasado satisfactoriamente en 2009, en 2010 la entidad llegó a la conclusión de que el producto ya no era conveniente para el actor y por tanto, le pidió que hiciera constar por escrito haber sido informado de este extremo antes de volver a contratar.

Bien es verdad que la actora fue diagnosticada de Alzheimer en 2009, en el mismo año cuando se contrató por primera vez la inversión en preferentes. No queremos especular sobre el grado de influencia de esta afección de memoria en la decisión de inversión. Con todo, en la sentencia no se dice claramente quién de los dos octogenarios contrataba las preferentes en qué año y, en cualquier caso, teniendo en cuenta la realidad social parece que con independencia de quien finalmente firmara los documentos, la decisión era conjunta.

Además, es curioso que la demanda de anulación por error no se haya interpuesto hasta el año 2013 cuando ya se hizo patente que debido a la insolvencia de la entidades emisoras el producto no ofrecía los rendimientos de antes, y no en el año 2009, justo después de su contratación, cuando la misma sentencia admite que por aquel entonces el producto no levantaba sospechas y ofrecía rentabilidad atractiva. De hecho, obsérvese que la demanda se interpone *in extremis*, es decir, justo unos meses antes de que prescriba la acción cuatrienal por error en relación con la primera compraventa. La

sentencia no ofrece datos sobre los beneficios que han percibido los actores en los tiempos de bonanza económica ni tampoco sobre las pérdidas que sufrieron, sino que insiste en que éstos no han sido debidamente informados sobre el riesgo. Y nótese que aunque la nulidad del contrato debería conllevar la devolución de todas las prestaciones recibidas en virtud del mismo, tampoco se pronuncia la sentencia sobre la restitución de los beneficios percibidos por los actores durante el tiempo de la inversión.

Es cierto que la entidad financiera está obligada a una actuación diligente a la hora de comercializar los productos y que debe informar suficientemente sobre ellos. Sin embargo, en ningún momento la normativa impide que se comercialice un producto cuando el test de conveniencia haya dado un resultado negativo, siendo suficiente la información de este extremo al cliente. Téngase en cuenta también que no consta en la sentencia que se haya presentado queja o reclamación alguna después de la primera contratación y que de acuerdo con la Guía CNMV de actuación para el análisis de conveniencia y la idoneidad, de 17 junio 2010, la existencia de una inversión previa en el mismo tipo de producto sin que conste dicha reclamación permite presumir conveniente la siguiente operación del mismo tipo. Por tanto, aun suponiendo que en 2009 los actores no fueron conscientes del riesgo de la operación, esta falta de percepción correcta de la realidad debería entenderse sanada por las siguientes inversiones en 2010 y 2012 que se realizaron en productos de idéntico carácter.

No negamos que hayan podido producirse abusos por parte de algunas entidades. No obstante, el error en el consentimiento en la compra de productos de inversión es un vicio contractual que hay que analizar caso por caso con mucho cuidado. Interpretar la normativa del mercado de valores protegiendo las conductas consistentes en recibir los suculentos beneficios de la inversión mientras dure la buena racha, pero impugnar el contrato cuando el río de la bonanza se seca da pie a la estimulación de las conductas oportunistas de personas que pretendan aprovecharse de la protección ofrecida por la normativa para escaparse de un negocio que sencillamente ha salido mal.