



## **Documento de trabajo**

### **SEMINARIO PERMANENTE DE CIENCIAS SOCIALES**

# **OPOSICIÓN POR PARTE DE LAS ENTIDADES BANCARIAS A LAS DEMANDAS SOBRE LAS ACCIONES PREFERENTES**

M<sup>a</sup> Nuria Pina Barraón

SPCS Documento de trabajo 2015/13

<http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>

© de los textos: sus autores.

© de la edición: Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca.

Autora:

M<sup>a</sup> Nuria Pina Barraión

[nuria@pinabarraion.es](mailto:nuria@pinabarraion.es)

Edita:

Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca  
Seminario Permanente de Ciencias Sociales

Codirectora: Pilar Domínguez Martínez

Codirectora: Silvia Valmaña Ochaita

Secretaria: María Cordente Rodríguez

Secretaria: Nuria Legazpe Moraleja

Avda. de los Alfares, 44

16.071-CUENCA

Teléfono (+34) 902 204 100

Fax (+34) 902 204 130

<http://www.uclm.es/cu/csociales/documentosTrabajo.asp>

I.S.S.N.: 1887-3464 (ed. CD-ROM) 1988-1118 (ed. en línea)

D.L.: CU-532-2005

Impreso en España – Printed in Spain.

# OPOSICIÓN POR PARTE DE LAS ENTIDADES BANCARIAS A LAS DEMANDAS SOBRE LAS ACCIONES PREFERENTES

**M<sup>a</sup> Nuria Pina - Barraión<sup>1</sup>**

*Abogada*

## **RESUMEN**

Últimamente, y cada vez con más frecuencia, son muy comunes en los Juzgados las demandas contra las entidades bancarias que en su día vendieron acciones preferentes a todo tipo de clientes, incluyendo entre los mismos personas con un nivel bajo de cultura financiera y con una edad avanzada. En la actualidad, estas personas están demandando la devolución de las cantidades, cuyo plazo es perpetuo, cuando la información verbal de las entidades no había sido ésa, las vendían como “plazos fijos” a rescatar en cualquier momento. El punto fundamental de la ponencia, versará sobre las alegaciones que se hacen de contrario por parte de las entidades bancarias, que se escudan, por una parte en la caducidad, y por otra, en la suficiente información suministrada a los clientes, así como en la postura de las distintas audiencias provinciales.

**Palabras clave:** demandas, entidades bancarias, preferente, caducidad, suficiente información.

**Indicadores JEL:** K00.

---

<sup>1</sup> nuria@pinabarraion.es

## **ABSTRACT**

Lately, and each time more frequently, they are very common in the Courts the demands against the bank companies, which sold preferential shares to all kinds of clients, including in them people with a low level of financial culture and/or with an advanced age. At present, these people are demanding the return of the quantities, which term is perpetual, when the verbal information of the entities had not been that one; they were selling them as "fixed period" to rescuing at any time. The fundamental point of this presentation, will turn on the allegations that are done of opposite on the part of the bank companies, who shield themselves, on one hand in the caducity, and for other one, in the enough information supplied the clients, as well as in the position of provincial Courts.

**Keywords:** demands, bank companies, preferential shares, caducity, enough Information.

**JEL codes:** K00.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el año 2009, concretamente en el mes de mayo de ese año, BANKIA, entonces todavía CAJA MADRID, ofertó a sus clientes la suscripción de acciones denominadas preferentes, acciones que tienen las siguientes características:

Como contrato de comisión bursátil, es un tipo de instrumento financiero denominado Participaciones Preferentes CAJA MADRID 2009 son valores, de una única serie y clase, con 100 euros de nominal unitario y que se emiten por su valor nominal (a la par), de carácter perpetuo y que cotizan en el mercado AIAF de renta fija donde no se garantiza una liquidez rápida y fluida. La entidad bancaria se obligaba a retribuir a los inversores el interés pactado, 7% hasta el siete de julio de dos mil catorce y a Euribor a tres meses + 4,75% desde esa fecha, siendo los valores perpetuos.

Por su contenido patrimonial y por ser susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero son valores negociables del artículo 2.1 letra h) de la Ley 24/1988, de 28 de julio.

Las características del producto es que son valores emitidos por la entidad que no confiere participación en su capital ni derecho al voto; tienen carácter perpetuo (por lo que no se pueden rescatar a conveniencia del ahorrador); la remuneración pactada como pago de intereses está condicionada a la existencia de beneficios (por lo que no está garantizada); y fluctuación del precio del nominal, lo que podría conllevar pérdidas del capital invertido en su venta. A pesar del carácter perpetuo, el emisor se reserva el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años. No cotizan en bolsa (lo que las diferencia de las acciones) pero para adquirirlas o enajenarlas hay que entrar en un mercado organizado (secundario) donde no se garantiza la liquidez inmediata. A la vista de lo cual se deduce que presenta una gran complejidad y sólo son evaluables en aspectos tales como la rentabilidad, la liquidez y el riesgo por medio de un proceso informativo claro, preciso y completo.

Nada de esto se explicaba al inversor, es más, el modus operandi era el siguiente: se llamaba personalmente al inversor a casa por parte del empleado de confianza para dicho inversor, normalmente jubilado (hombre o mujer) y con un bajo nivel cultural, y mucho menos financiero, se le informaba de que se pasara por “La Caja”, que así era conocida Caja Madrid, por ser una entidad de plena confianza para

dichos clientes, y una vez allí, se le decía que había salido un “plazo fijo” muy bueno para sus ahorros, que del “plazo fijo” anterior se le sacaba el dinero y se metía en el nuevo, que era aún mejor, por supuesto, siempre pudiendo sacar el dinero cuando lo necesitara. Acto seguido, se les hacía firmar un gran número de documentos sin ser leídos ni explicados, que los clientes firmaban con los ojos cerrados porque se los daba a firmar “Manolo el de la Caja”.

De esta forma, Caja Madrid, suscribió una gran cantidad de acciones preferentes, las cuales rindieron durante los primeros años, pero al llegar 2012, y anunciarse la hecatombe de dicha entidad, dejaron de tener rendimientos, y ni tan siquiera se podía recuperar el capital inicial.

Así, han comenzado las demandas de preferentes que hoy colapsan los juzgados. En dichas demandas se pide “nulidad y alternativamente su anulación, del contrato de suscripción de participaciones preferentes celebrado con la demandada o alternativamente e inherente a ello se declare la obligación de las partes de restituirse las prestaciones obtenidas del contrato anulado, y en concreto se condene a Bankia, S.A., a reintegrar a mi mandante la cantidad de SESENTA MIL EUROS (60.000,00 euros), importe del capital aportado, más los intereses legales devengados hasta la fecha del pago”, sin perjuicio de que se compense dicha cantidad con los rendimientos del producto abonados por la entidad bancaria a esta parte y que se especifican en el hecho séptimo y sin perjuicio de que la entidad bancaria haga suyas las acciones producto del canje por las participaciones preferentes que vino impuesto el día veintiséis, veintisiete y veintiocho de mayo de dos mil trece, con expresa condena al pago de todas las costas causadas en este procedimiento”.

Efectivamente, la demanda lo que relata es la forma en la que se realiza la contratación de estas acciones, las cuales se venden en su mayoría a personas sin formación alguna, y no se les explica la realidad de lo que están contratando; en esto se basa el error en el consentimiento, siendo una causa de nulidad del contrato, o al menos anulabilidad del mismo. Esta circunstancia unida al hecho de que por la desastrosa situación económica por la que atravesó la entidad, ésta no pudo devolver las cantidades invertidas, lo que ha dado lugar a las demandas judiciales.

Está claro entonces, que se producen dos circunstancias:

- 1.- falta de información veraz, y
- 2.- error, por tanto, en el consentimiento.

BANKIA cuando presenta su contestación a la demanda alega tres causas para pedir la desestimación de la misma:

- 1.- Caducidad de la acción en virtud del artículo 1301 CC.
- 2.- La información ha sido, veraz, clara y concisa sin que se haya dado lugar a duda alguna respecto de lo que se vendía. El consentimiento, por tanto, ha sido libre.
- 3.- El demandante realiza una demanda pidiendo la resolución de un contrato que ha firmado y aceptado voluntariamente, por lo que alude a la doctrina de los actos propios.

## **2. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN**

Como cuestión previa alegan la caducidad de la acción, y ahí surgen los problemas, ya que la interpretación que se hace por parte de la entidad respecto del artículo 1301 CC, es claro, está a su favor, este artículo establece que la acción de nulidad sólo durará cuatro años y este tiempo empezará a correr en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.

La entidad alega que es un plazo de caducidad, y que no puede ser objeto de interrupción, por una parte, y por la otra, que en todo caso, si se considerara que es un plazo de prescripción, el momento de consumación del contrato por ser por error en el consentimiento, se produce cuando se firma éste.

Tanto una alegación como la otra son ampliamente discutibles:

Respecto de la primera en cuanto a si el plazo es de caducidad o si es de prescripción, el artículo 1301 CC no lo especifica, por lo que hay que acudir a las interpretaciones de las audiencias provinciales, y en su caso, al tribunal supremo. Bankia alega una serie de sentencias del TS por ejemplo la STS 843/06 de 6 de septiembre en la que lo establece como plazo de caducidad, fijando como *dies a quo* el

de la expedición del título, o en su caso, el de la firma del contrato, también lo establece así la AP de Madrid en su sentencia 239/13, en la que se fija como fechas clave, la de celebración del contrato y la fecha de la demanda, entiende también que es un plazo de caducidad. En concreto el TS en su sentencia de 18 de junio de 2012 dice que el plazo que establece el artículo 1301 cc es de caducidad por estar fijado para los casos de anulabilidad y no los de nulidad, y cuando se interpone la demanda, se pide la anulabilidad por error en el consentimiento, aunque la primera opción sea la de la nulidad.

Otras sentencias, sin embargo, como la de Albacete de 21 de octubre de 2013, establecen que el plazo no se computa desde su celebración, sino desde su consumación, y como hay periódicas liquidaciones durante las cuales el contrato se está consumando, sólo tiene sentido, y no antes, reprochar la inactividad de la prescripción o caducidad, es decir, da igual que sea prescripción que caducidad, porque el contrato sigue renovándose cada vez que se liquida, por lo que no se cumplen nunca los 4 años mientras se están dando intereses periódicos como ocurre en el caso de las preferentes.

El TS por su parte, el 8 de octubre de 2012, lo califica como plazo de prescripción. Diciendo también que el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato, con más precisión por anulabilidad pretendida por error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones. Este momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes. Así, en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta sala, que el término para impugnar el consentimiento prestado por error en las liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquel ha sido satisfecho por completo y la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta que transcurre el plazo durante el cual se concertó. AP Salamanca 19/6/13, AP Zaragoza 31/1/13 y AP Madrid 24/5/13.

### **3. INFORMACIÓN CLARA Y CONCISA**

Bankia establece que la relación no fue de asesoramiento, sino de mera recepción y transmisión de órdenes sobre instrumentos financieros (comercialización) habiendo por ello ceñido su actuación a lo que voluntariamente deseaba la parte actora (la mayor rentabilidad de su patrimonio) habiendo cumplido fiel y puntualmente con todas las obligaciones de información legalmente establecidas realizando el oportuno test de conveniencia y entregándole la documentación informativa requerida, folleto con su resumen de riesgos, en el que se hace constar su condición de inversor minorista, habiendo, por todo ello, la parte actora recibido toda la información necesaria para la contratación de las preferentes, siendo consciente del producto que contrataba y habiendo obtenido ganancias superiores a las usuales.

Los artículos 38 y 39 RD 1310/05 contienen la distinción de las tres clases de inversores: minorista, iniciado o experto y cualificado.

El minorista se caracteriza por no ser experto ni cualificado y, por tanto, es merecedor de mejor protección jurídica, y por tanto, el emisor es responsable de las consecuencias de lo que coloca el minorista. Es obligatorio para las entidades que el colocar productos a clientes minoristas conlleva el deber general de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes cuidando de tales intereses como si fueran propios y observando las normas de la ley del Mercado de Valores RD 271/08 DE 15 de febrero: información imparcial, clara y no engañosa, que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del instrumentos financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa.

Según el TS en su sentencia de 20 de marzo de 2013, las indicaciones del cliente sobre su perfil de riesgo y sus preferencias de inversión desempeñan una función integradora del contenido del contrato, fundamental en el caso del mandato. Es fundamental realizar el test del cliente para que defina su perfil de riesgo y que el profesional informe al cliente sobre la exacta significación de los términos de las condiciones generales referidas a dicho extremo y se le advierta sobre la existencia de posibles contradicciones que pongan de manifiesto que la información facilitada al cliente no ha sido comprendida.

#### **4. LA TEORIA DE LOS ACTOS PROPIOS**

Por último, alega Bankia que la parte actora iría en contra de sus propios actos pues durante largo tiempo estuvo percibiendo los intereses que se derivaban de las liquidaciones positivas practicadas durante la vida del producto.

La AP de Santa Cruz de Tenerife en sentencia de 4 de junio de 2013 dice que la aceptación de dichas liquidaciones no suponen actos propios, sino que constituyen el efecto del negocio realizado, y en la de 13 de noviembre de 2012, establece que la doctrina de los actos propios no es aplicable en estos supuestos por cuanto que no concurren en los actos los requisitos fijados por la jurisprudencia de que impliquen una declaración de voluntad, no constituyen actuaciones que por su trascendencia integran convención y causan estado al tratarse simplemente del desarrollo del contrato, no demuestran que tuviera el debido conocimiento de los riesgos de la operación, y principalmente porque esto es esencial, se trata de actos posteriores a la celebración del contrato que no pueden suplir el consentimiento que en todo caso ha de existir en el momento de la celebración (1261 cc) no siendo aplicable esta doctrina cuando se contrata sobre la base de un error en el consentimiento no imputable a los demandantes.

#### **5. CONCLUSIONES**

Mi opinión es clara, al respecto, y es que Bankia no actuó correctamente al colocar y vender un producto para el que es necesario conocimientos financieros profundos a personas, que no sólo no tenían este conocimiento, sino que además, en su gran mayoría eran analfabetos, por ello el error en el consentimiento es más que plausible, se les vende un producto complicadísimo de entender y además de carácter perpetuo llamándole “plazo fijo”, es decir, un producto con plazo para poder ser rescatado y con unos intereses si no fijos, sí al menos muy parecidos en su periodicidad.

En cuanto a la caducidad, también entiendo al igual que muchas audiencias y el TS que aunque bien podría ser caducidad y no prescripción, el plazo comenzaría a contar en el momento en el que no se dan más liquidaciones, al ser un contrato de tracto sucesivo, por lo que las demandas que se interpongan a día de hoy, no están caducadas.

En cuanto a la teoría de los actos propios, efectivamente, las personas que contratan quieren la mayor rentabilidad, pero no contratan el producto que realmente les venden, sino un plazo fijo con una rentabilidad alta, y aunque en algunos casos, se dan cuenta de que el contrato que firman pone “perpetuo”, si se les ocurre preguntar, se les dice que no es así, que podrán recuperar su dinero cuando quieran.

La realidad es que en España hay miles de personas que han perdido sus ahorros con este engaño y todavía existen audiencias que dan la razón a las entidades bancarias.

## **REFERENCIAS**

### **CÓDIGO CIVIL**

LEY 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

REAL DECRETO 1310/2005, de 4 de noviembre, de Mercado de Valores.

REAL DECRETO 271/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión.