

BREVES NOTAS SOBRE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES

Ante el desconocimiento en general de la materia jurídica de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, conviene poner de manifiesto algunos hitos relevantes en la tramitación de este tipo de procedimientos, cuestiones que resultarán de especial interés para legos en derecho y afectados por dichos productos:

1.- **En las ciudades de Vigo y A Coruña existen juzgados de refuerzo especialmente creados para la tramitación y resolución de este tipo de demandas.** Tras algo más de nueve meses han tramitado ya más de 3000 procedimientos. No obstante, en los partidos judiciales donde no existen ya había multitud de sentencias que dispensaban protección a los afectados por dichos productos, como es bien conocido.

2.- **Una gran mayoría de procedimientos son solventados, tras la interposición de la demanda, con un acuerdo homologado judicialmente** que pone fin al procedimiento, en el cual la entidad abona el monto principal más un interés que varía según el caso y, en algunas ocasiones, ofrece un porcentaje sobre la cantidad principal para cubrir costas que, si bien no integra los costes totales del procedimiento (Abogado, Procurador, tasa judicial y, perito, en su caso) es más de lo que hasta hace poco tiempo se venía ofreciendo (pues no había oferta alguna por indemnización por costas). Obviamente, las ofertas son variadas según cual sea la entidad bancaria demanda, siendo inexistente la oferta con algunas entidades y debiendo resolverse el litigio con sentencia.

3.- Lo cierto es que, **fuera de los supuestos en que la entidad aceptó someterse a arbitraje, sin una demanda judicial no hay posibilidad alguna de obtener satisfacción a los derechos**, como a día de hoy es bien conocido por las asociaciones de afectados.

4.- **Las demandas por preferentes y subordinadas tienen un carácter marcadamente individual**, en función de cómo y por quién se haya contratado el producto, de manera que las demandas individuales parecen más adecuadas que una acción grupal con multitud de afectados, menos idónea para el tipo de acción judicial y pretensión que se está llevando a cabo.

5.- **¿El hecho de ser empresario, disponer de determinada titulación académica o tener conocimientos financieros o contables implica que la acción no prosperará?** Depende del concreto supuesto de hecho, pero **la jurisprudencia menor ya ha fallado incluso a favor de empleados de la entidad que suscribieron participaciones preferentes o incluso empresarios**, puesto que como apunta una Sentencia: *“En todo caso, el haber tenido acciones de otras empresas, o ser gerente de una empresa no convierte al actor en un inversor profesional, ni acredita que el mismo tenga por sí conocimiento de lo que está contratando”*. Otra Sentencia expresamente recoge lo siguiente: *“La circunstancia de que el actor hubiera adquirido, con anterioridad, otros productos bancarios e intervenido en diversas operaciones, como la compra de acciones en bolsa, así como el hecho que tenga una cierta formación, al ser graduado social, no supone que tenga un manejo y conocimiento suficiente del mercado bancario y financiero como para llegar a la conclusión de que estaba adquiriendo participaciones preferentes y el tipo de riesgo que ello conllevaba, teniendo en cuenta la oscuridad y confusión que genera el contrato aportado con la demanda”*.

6.- **¿Qué se solicita en una demanda de preferentes? La petición principal es la nulidad del contrato** y, subsidiariamente a dicha petición, la anulabilidad y/o rescisión

contractual con restitución de cantidades e indemnización de daños y perjuicios.

7.- **¿Qué pasará si ha habido canje?** El canje ha sido expresamente reconocido por algunas entidades en el propio documento donde este se materializa como algo que no afecta a la eventual acción judicial que el afectado decida emprender. Además, en las Conclusiones de los magistrados y magistradas de las AA PP de Galicia en jornadas sobre participaciones preferentes se ha llegado a la conclusión de que *“Los Tribunales civiles carecen de jurisdicción para enjuiciar la nulidad del canje de participaciones preferentes o deuda subordinada decidido por el FROB. El mencionado canje no supone acto propio, conformación o renuncia de los derechos de ningún tipo que puedan asistir al adquirente de los citados productos financieros”*.

8.- **¿Qué ocurre si mi contrato es anterior a la Directiva europea 2004/39 MIFID y la legislación que la desarrolla... tendré igualmente protección?** Sí, ya antes de esta normativa existían normas nacionales en las cuales se puede sustentar la demanda contra la entidad bancaria e incluso alguna Sentencia manifiesta que la obligación de información, al sobrevenir dicha Directiva, debió adaptarse a la misma aún siendo anterior el contrato.

9.- **¿Puedo reclamar intereses en mi demanda? Efectivamente hay base legal para ello**, siendo en principio los devengados desde la contratación del producto hasta la fecha del canje y, respecto del principal restante tras el canje (en caso de que lo hubiera habido) desde dicha fecha hasta la Sentencia. De dichas cantidades habrá que descontar los intereses abonados por la entidad en el pasado (cupones).

10.- **¿Puede la entidad bancaria oponer la prescripción de la acción de anulabilidad?** Sin duda será uno de sus motivos de oposición a la demanda, pero ya la jurisprudencia la viene rechazando manifestando que *“el momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que la consumación sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes”*. Es decir, que hasta que el contrato deje de producir efectos con el cumplimiento de la totalidad de las prestaciones no habría prescripción.

11.- **La carga de la prueba sobre el consentimiento cabal e informado del producto que se ha contratado corresponde a la entidad bancaria**, para que el cliente haya conocido el verdadero sentido y alcance de lo que contrataba.

12.- **¿Puedo entablar la acción si las participaciones preferentes forma parte de una herencia indivisa?** la jurisprudencia reconoce que uno de los coherederos pueda litigar en beneficio de toda la comunidad hereditaria, por lo que no hay que esperar a la partición de la herencia.

13.- Como conclusión diremos que **la mayor parte de los supuestos de hecho serán favorables a entablar una acción por parte del afectado**, acción que le obligará a desembolsar el importe de la tasa judicial y un pago previo a los profesionales que intervengan en el proceso (Procurador y Abogado), pero que sin duda es la única fórmula a su alcance para el reconocimiento de sus derechos.

Luis Antonio Cores Castro

Almodóvar, Cores y López Abogados (A Coruña – Vilagarcía de Arousa)
www.acylabogados.com