



FACULTAD DE DERECHO

LA PRUEBA EN MATERIA DE PARTICIPACIONES PREFERENTES

Línea temática: La prueba.
Área de conocimiento: Derecho Procesal.

Autor: María LLordén Ferreras.

5º E-3 B

Madrid

Abril 2014

María
Llordén
Ferreras

LA PRUEBA EN MATERIA DE PARTICIPACIONES PREFERENTES



ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| LISTADO DE ABREVIATURAS | 3 |
| RESUMEN | 4 |
| INTRODUCCIÓN | 5 |
| 1.-CONCEPTOS MERCANTILES PREVIOS | 7 |
| 1.1.-Participaciones preferentes | 7 |
| <i>1.1.1.-Definición y contexto actual, 7. 1.1.2.-Tratamiento jurídico y contable, 8.</i> | |
| <i>1.1.3.-Obligaciones de la entidad prestadora de servicios de inversión, 9. 1.1.4.-</i> | |
| <i>Modus operandi de las entidades de crédito, 11.</i> | |
| 1.2.-Clasificación legal de inversores en el régimen del mercado primario de valores | 14 |
| 2.-LA PRUEBA EN LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES | 17 |
| 2.1.-Vicio del consentimiento en la relación contractual | 17 |
| 2.2.-La carga de la prueba en casos de ausencia de información | 26 |
| 2.3.-Medios de prueba en litigios de participaciones preferentes | 27 |
| 2.4.-Especial mención a la prueba del reconocimiento judicial de personas | 31 |
| 3.-CONCLUSIONES | 43 |

| | |
|------------------------------|----|
| 3.-CONCLUSIONES | 43 |
| 4.-BIBLIOGRAFÍA | 45 |
| 5.- ANEXOS | 46 |

LISTADO DE ABREVIATURAS

| | |
|-------|--|
| Art. | Artículo |
| CC | Código Civil |
| CE | Constitución Española |
| CNMV | Comisión Nacional del Mercado de Valores |
| CP | Código Penal |
| Ej. | Ejemplo |
| Etc. | Etcétera |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil |
| LMV | Ley del Mercado de Valores |
| LOPJ | Ley Orgánica del Poder Judicial |
| MiFID | Markets in Financial Instruments Directive |
| Núm. | Número |
| P. | Página |
| RD | Real Decreto |
| SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial |
| SJPI | Sentencia del Juzgado de Primera Instancia |
| Ss. | Siguientes |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| TS | Tribunal Supremo |
| Ud. | Usted |

RESUMEN

Este artículo analiza la problemática de las participaciones preferentes desde un punto de vista procesal: la prueba. La falta de información o una transmisión defectuosa resultan claves para la defensa de los adquirentes de participaciones preferentes. Existen numerosos medios de prueba, si bien el que más relevancia tiene es el reconocimiento judicial de personas puesto que muchas veces es la única vía para que el juez pueda conocer el perfil del “preferentista”.

PALABRAS CLAVE: Derecho Procesal, la prueba, participaciones preferentes, información, reconocimiento judicial de personas.

ABSTRACT

This paper analyses the difficulties of the preferred participations from a procedural point of view: the proof. The lack of information or wrong information are the keys to the preferred participations acquirer partie. There are several means of proof, but the most relevant here is the judicial recognition of a person because, sometimes, it is the only one to show the profile of the “preferentista” in a trial.

KEY WORDS: Procedural Law, the proof, preferred participations, information, judicial recognition of a person.

INTRODUCCIÓN

Tras una breve y satisfactoria incursión en un despacho de abogados para realizar las prácticas curriculares, pudimos descubrir que el conocimiento en profundidad del Derecho Procesal es una ventaja añadida de cara a ganar pleitos.

Una vez tuvimos claro el tema que queríamos abordar, y dentro de los límites que desde la Guía Docente se nos indicaban, consideramos que nuestro Trabajo Fin de Grado tendría que versar sobre un tema que nos apasionara, y que no solo nos resultara útil a nosotros, sino también a todo aquél que lo leyera.

Conscientes de la fatal realidad que en estos momentos están viviendo muchas personas por culpa de las participaciones preferentes en las que un día invirtieron, hemos querido expresamente tratar dicho tema, no solo por la actualidad del mismo, sino por la gran cantidad de afectados de nuestro entorno que a su pésima situación le suman el desconocimiento sobre la materia.

Con unas modestas pretensiones, pero con un ávido interés, presentamos el que será nuestro Trabajo Fin de Grado de Derecho. Tal y como se desprende del título, no vendremos a hablar, ni a teorizar, ni a excedernos dando nuestra opinión (en la medida de lo posible) sobre el tan divulgado tema, sino que desde la poco recurrida perspectiva procesalista, trataremos, desde el rigor jurídico, de sugerir opciones y alternativas que nos ayuden a ganar en sede judicial.

Para tal fin, se ha llevado a cabo una metodología bastante didáctica, lo que a efectos de comprensión demuestra ser bastante positivo e intuitivo. Trata de acercar el tema de las participaciones preferentes desde su más básico concepto hasta poder encajarlo en el aspecto procesal que es el que aquí más nos interesa. Ambos, constituirán los dos grandes bloques sobre los que versará nuestro trabajo.

Para tal fin, en la elaboración del presente hemos recurrido a dos tipos de fuentes:

-Bibliografía sobre la que se construye la estructura mayoritaria del trabajo y que se caracteriza por ser española, para poder centrarnos mejor en el fenómeno de las participaciones preferentes desde una perspectiva española. Es de carácter reciente puesto que hemos creído conveniente que en una materia como ésta habría que hacer un trabajo lo más actualizado posible puesto que sabemos que la vigencia del mismo es un tema que desconocemos y que no depende de nosotros. Es un caso novedoso por no contar con otro precedente parecido en “la historia de las participaciones preferentes”, pero que recuerdan a otros escándalos destapados como el conocido caso del Forum Filatélico.

-Artículos doctrinales: Hemos acudido a artículos extraídos de revistas de prestigio e incluso a entrevistas escritas a abogados de reconocido prestigio para contar con una visión más realista y crítica del tema.

Nos hemos basado en todas estas fuentes para realizar una compilación, que a nuestro criterio, fuera lo más completa posible y que culmina con la opinión que hemos formado y exteriorizado a lo largo del Trabajo Fin de Grado.

1.- TONCEPTOS MERCANTILES PREVIOS

1.1.-Participaciones Preferentes

1.1.1.-Definición y contexto actual

A pesar de que los medios de comunicación se hacen eco de noticias de este tipo día sí y día también, consideramos que existe inexactitud y falta de precisión a la hora de informar. No es que lo justifiquemos, pero teniendo en cuenta que el propio legislador rehúye de su definición, lo que realmente prolifera, no es la información de rigor, sino las definiciones dispares.

Haciendo una selección, partiremos de una definición de lo más intuitiva y breve que explica perfectamente el panorama actual.

La participación preferente es una clase de valor negociable de gran actualidad porque ha sido profusamente emitida por las entidades de crédito en los últimos años como parte de una estrategia dirigida al saneamiento de sus balances ante la severa crisis financiera que les afecta¹.

Seguidamente, en palabras del Banco de España:

Las participaciones preferentes son un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija condicionada a la obtención de beneficios, y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años (...).

¹ ALONSO ESPINOSA, F. J., “Participaciones preferentes y clientes minoristas de entidades de crédito”, en *Diario La Ley*, nº 7875, 7 jun. 2012, p.1.

1.1.2.- Tratamiento jurídico y contable

Detrás de las emisiones de participaciones preferentes, por parte de las entidades de crédito, permanecían rasgos predatorios del ahorro puesto que era utilizada para transformar el pasivo en patrimonio neto. Ese pasivo era el dinero que los afectados por las preferentes tenían en contratos de depósito bancario.

El mecanismo era el siguiente: “se traspasa” el dinero que estaba en los depósitos (bien sean a plazo o bien a la vista) hasta las participaciones preferentes, con lo que cesa la deuda del emisor (pasivo) para pasar a manos del patrimonio neto del emisor, con la terrible consecuencia de que sus titulares pasen a ser partícipes del riesgo patrimonial.

Una vez esbozado el concepto, aludimos a la disposición adicional segunda Ley 13/1985, de 25 de mayo, de *Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros*, donde se regula la participación preferente. En ella se concluye que la participación preferente es un valor negociable de naturaleza imprecisa. Si bien un análisis somero nos llevaría a pensar que la participación preferente responde a un *valor de deuda*, en cuyo caso encajaría *a priori* en las obligaciones *ex arts. 401 y ss.* de la Ley de Sociedades de Capital (caracterizadas porque reconocen / crean deuda contra su emisor). Ello parece reafirmarse por el hecho de que la regulación las trata como “instrumentos de deuda”.

Por el contrario, una vez evaluado su tratamiento contable y su régimen, se concluye que la participación preferente se acerca más a lo que son las acciones y demás valores participativos que a la deuda a la que hacíamos referencia *ut supra*.

En la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985 se proporcionan razones que justifican la naturaleza accionarial de la participación preferente:

-La participación preferente se somete a un sistema de rentabilidad que se activa en función de los resultados (desde el punto de vista económico) de la entidad emisora de crédito, e incluso depende de las decisiones del órgano de administración de la misma.

-La participación preferente no lleva consigo un derecho de crédito para la restitución del nominal, puesto que es perpetuo (sin vencimiento).

-Solo se obtiene liquidez de los mismos mediante venta en el mercado secundario.

-El dinero invertido en participaciones preferentes es prácticamente irrecuperable.

-La recuperación de la inversión coincide prácticamente con el de las acciones. Aunque con la salvedad de que el orden de prelación sitúa a las participaciones preferentes detrás de todos los acreedores (bien sean subordinados o no).

Concluimos, en consonancia con lo anteriormente dicho, que el dinero captado a través de las participaciones preferentes es el del **patrimonio neto**, de acuerdo con la regulación de las mismas (Ley 13/1985). Su función, en términos legales, es la misma que la del capital social y el resto de componentes del patrimonio neto; es decir, computar como recursos propios de la entidad emisora de crédito. Por lo que, tal y como explicábamos anteriormente, **su tratamiento jurídico y contable le alejan del de los valores de la deuda.**

1.1.3.- Obligaciones de la entidad prestadora de servicios de inversión

Este apartado resulta de vital importancia para comprender el núcleo central de nuestro trabajo y al que dedicaremos el apartado 2.1.- Vicio del consentimiento en la relación contractual. Y queremos adelantar que la problemática de su engarce no es solo doctrinal, sino también práctica; por lo que habrá que atender al caso concreto para evaluar si se está ante error o dolo.

En virtud del art. 79 de la Ley del Mercado de Valores², en lo sucesivo LMV, las entidades de crédito que coloquen participaciones preferentes entre minoristas, habrán de cumplir con dicho deber general. Entre las obligaciones que en dicho deber general figuran, nos encontramos con la obligación de información recogida en el *ex. art. 79 bis* LMV. En él alude a la entidad, que debe “mantener, en todo momento, adecuadamente

² “...comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo” (art. 79 LMV).

informados a sus clientes” y a la información, que habrá de ser “imparcial, clara y no engañosa” y que debe versar “sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión (...)”. Todo ello, con el fin de que esa información resulte útil al cliente minorista para “comprender la naturaleza y los riesgos (...) del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa”.

Además, se requiere que para el caso de información relativa a instrumentos financieros, se incluyan una serie de orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos.

El régimen visto sobre las obligaciones que tiene la entidad para este tipo de casos, se encuentra desarrollado por el RD 217/2008, de 15 de febrero (concretamente en sus arts. 60 y 64).

Para el caso especial de que la entidad sea prestadora de servicios en calidad de asesoramiento de inversión o de gestión de carteras, se encuentra obligada a recabar de los clientes minoristas:

la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente (...) en el ámbito de la inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquél, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan.³

Y se le prohíbe de una manera clara recomendar a aquellos inversiones sobre instrumentos de los que la entidad carezca de información (art. 79 bis 6 LMV).

Por tanto, la entidad prestadora de los servicios a los que aludíamos anteriormente, habrá de solicitar al cliente información alusiva a sus conocimientos y experiencia en el ámbito en el que se pretende invertir, para evaluar y acreditar si ese producto es o no adecuado para el cliente. Tenemos varias posibles situaciones al respecto:

³ ALONSO ESPINOSA, F. J., “Participaciones preferentes y clientes minoristas de entidades de crédito”, en *Diario La Ley*, nº 7875, 7 jun. 2012, p.17.

- a) Afirmativa. El análisis de los conocimientos y experiencia del cliente demuestran que el cliente es apto para invertir en dicho instrumento financiero. Se podrá ejecutar la inversión sin problemas⁴.
- b) Negativa. Si la entidad, tras haber analizado la información, se manifiesta de manera negativa (considerando que el producto no es adecuado para el cliente), tiene la obligación de advertirle al respecto.
- c) Insuficiencia o falta de información. Implican el deber de la entidad de advertir de que la falta de la misma les impide determinar si dicho servicio o producto de inversión es o no adecuado para los mismos.

El incumplimiento de las obligaciones de información por parte de la entidad podría ser desembocar en defecto del consentimiento de todos aquellos suscriptores con condición de cliente minorista (que se explicará en el apartado 1.2.). En él entran en juego, por una parte, la culpa *in contrahendo* de la entidad emisora y, por otra, el error que invalida el consentimiento del inversor al contratarse tal valor complejo.

Además, atendiendo a la relación de indicios que se presentan en el apartado 2.1. (Vicio del consentimiento en la relación contractual), el proceso de información constituye uno de ellos. Es decir, a efectos probatorios el proceder de manera totalmente opuesta a las obligaciones que hemos señalado en el presente apartado constituye un indicio que el afectado podrá alegar en su declaración.

1.1.4.-Modus operandi de las entidades de crédito

La realidad que impera es que la mayoría de las participaciones preferentes han sido colocadas a los clientes minoristas. Por el mero hecho de dicha calificación se les

⁴ “Sin problemas” siempre y cuando se haya obtenido de manera veraz dicha información reflejando fielmente los conocimientos del cliente minorista. Sin embargo, la realidad demuestra que a la hora de recabar la información, a través de los test MiFID (test de idoneidad y conveniencia), eran muchas veces los propios trabajadores de la entidad quienes los rellenaban para casos en los que era muy probable en que el resultado no fuera adecuado para la inversión del cliente. De este modo, se falseaba la información, sin tan siquiera haber realizado este trámite en presencia del futuro inversor. (Ver Anexo I).

ha de presumir la dificultad que para ellos representa el contenido obligacional que las mismas entrañan. A esto, también habría que añadirle que la forma por la que han sido adquiridas o suscritas ha sido bajo una más que cuestionable denominación legal: participación *preferente*.

El *modus operandi*, con el que las entidades de crédito colocaban las participaciones preferentes se basaba en un contacto directo y personal con los clientes de confianza. Nos gustaría recalcar que esa confianza constituirá unos de los indicios que presentaremos en el apartado 2.1.- Vicio del consentimiento en la relación contractual. Esa relación es la que lleva a los clientes minoristas a creer, de manera equivocada, que están colocando su ahorro en lo que ellos consideran como algo similar a un depósito de dinero con una garantía superior o preferente, en base a su pretencioso y equivocado nombre (participación preferente).

Con relación al apartado anterior (1.1.3.- Obligaciones de la entidad prestadora de servicios de inversión), vemos como este proceso no respeta, en ningún momento, las obligaciones de información (ex art. 79 bis LMV sobre la comercialización de valores complejos).

Esto tiene su lógica para las entidades de crédito, porque la situación contraria no les interesaría, puesto que un inversor informado del verdadero contenido que implica la participación preferente, jamás invertiría su dinero en ella. Aún en el caso límite de los inversores minoristas más arriesgados, optarían por invertir su dinero en acciones de una sociedad que cotice en Bolsa y tenga una política aceptable de reparto anual de dividendos, siempre antes que en invertir en las participaciones preferentes.

Ante tal situación, parece difícil comprender la permisividad del Banco de España ante esta comercialización contraria a los preceptos legales *ex arts. 78 bis y 79 bis LMV*.

Lo mismo ocurre con las funciones que debiera desempeñar la CNMV en el mercado de valores, puesto que existe un folleto de emisión, que de alguna manera avala la misma y que en cualquier momento pueden exhibir las entidades de crédito como argumento a su favor. Es decir, lo que ocurre es que el propio comercializador informa al cliente de que tales participaciones preferentes han sido aprobadas y registradas por la CNMV, organismo público encargado de velar por la propia seguridad

de los inversores y la transparencia en el mercado, resultando más que factible que el propio ahorrador ordinario tienda a pensar que la tal inversión cuenta con una tutela estatal al verse involucrado el poder público que tiene dicha competencia y que ha aprobado tal emisión.

1.2.- Clasificación legal de inversores en el régimen del mercado primario de valores.

Antes de proceder a su desarrollo, nos gustaría advertir que esta clasificación es referida exclusivamente a efectos legales; es decir, que es distinta de la que explicaremos en el apartado 2.1.- Vicio del consentimiento en la relación contractual. Básicamente porque la recogida en éste último es más genérica y se realiza bajo “Perfil del adquirente de preferentes”, incluyendo, por tanto, todo tipo de supuestos.

En virtud de los arts. 38 y 39 RD 1310/2005, distinguimos hasta tres clases de inversores (tanto en valores negociables como en otros instrumentos financieros), en función de criterios como el grado de conocimiento o experiencia, su elección o sus condiciones subjetivas. Teniendo como inversores: inversor o cliente minorista, inversor iniciado o experto y al inversor cualificado.

- a) Inversor iniciado o experto: recogido en el art. 38 del ya citado cuerpo legal, es aquel en el que bien por sus propias condiciones, o bien por el hecho de ser asistido por profesionales responsables en sus inversiones, se llegan a cumplir los fines del folleto informativo de emisión de valores negociables y que según la funcionalidad del mismo *ex art. 27.1 LMV*:

El folleto contendrá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial. El folleto contendrá toda la información que, según la naturaleza específica del emisor y de los valores, sea necesaria para que los inversores puedan hacer una evaluación, con la suficiente información, de los activos y pasivos, de la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor, y eventualmente del garante, y de los derechos inherentes a tales valores.

En esta clase se incluyen siempre a los inversores cualificados *ex art. 39*. Y para el resto, se estará a los criterios cuantitativos (ej: volumen de inversión en una misma clase de valor) o circunstanciales (ej: emisiones a demanda).

- b) Inversor cualificado: Recogido en el art. 30 *bis* 1. a) y art. 39 RD 1310/2005, trata al sujeto del que se presume un conocimiento más que notable acerca del funcionamiento de los mercados y de los instrumentos financieros o valores que en ellos se comercializan. Es decir, no precisa de ningún tipo de información de cara a adoptar decisiones de inversión, puesto que se basta de sus conocimientos y los obtenidos mediante su infraestructura de cara a suplir la información *ex art.* 27.1 LMV. Como consecuencia directa, cabe decir que le es oponible la información reglada para la formulación de ofertas de suscripción (bien sea de valores negociables o de otros instrumentos financieros). Sin embargo, dicha información puede no ser obligatoria, en algunos casos.
- c) Inversor ordinario o minorista: Su calificación se hace por exclusión a los otros dos citados [a) inversor experto y b) inversor cualificado]. Con ello se desprende una laguna en la protección de la inversión para el mercado primario. La información preceptiva en términos legales es inocua, e incluso contraproducente para este tipo de inversor. Siendo relevante solo aquella información que proviene de esa relación de clientela y confianza que mantiene con el comercializador, que es máxima en los casos en que éste es una entidad de crédito. Por tanto, tenemos a bien considerar que dicho inversor minorista requiere de una mejor protección jurídica. Ello es debido a que el actual régimen es beneficioso para el emisor y para quienes comercializan los valores, puesto que la información registrada y aprobada por la CNMV es utilizada como excepción oponible ante los inversores, siempre que la inversión de fallos o produzca perjuicios. Además, se usan falsos silogismos (“Ud. dispuso de la información legalmente exigible sobre el valor ofertado; en consecuencia, Ud. pudo evaluar el riesgo ínsito al mismo; *ergo* debe Ud. soportar las consecuencias adversas de la inversión fallida”) para, de este modo, el emisor alegar el cumplimiento de sus obligaciones legales de información y en consecuencia eximirse de responsabilidad ante el inversor perjudicado. Esto distorsiona la función de información, que para estos casos no es la de funcionar como posible eximente de responsabilidad civil para el emisor, sino procurar un sistema que permita al inversor poder evaluar la seguridad liquidez y rentabilidad de la inversión.

Por lo tanto, la información no es sinónimo de no tener problemas a los efectos de la eventual responsabilidad del emisor. Porque lo que el sistema no busca es proteger única y exclusivamente a los emisores o todo aquel que intervenga en las tareas de comercialización, sino todo lo contrario: proteger a los inversores.

Consecuentemente, no resulta admisible en Derecho pretender que por la mera disposición de información reglada y su registro por la CNMV se pueda llegar a desactivar de responsabilidad a los emisores y demás sujetos intervinientes en casos de inversiones fallidas de inversores minoristas.

Todo ello se confirma en el preámbulo de la Ley 6/2011, de 11 de abril:

Los instrumentos de capital híbridos – entre los que se incluyen las participaciones preferentes – desempeñan un papel importante en la gestión corriente del capital de las entidades de crédito. Dichos instrumentos permiten a las entidades de crédito conseguir una estructura de capital diversificada y llegar a un amplio abanico de inversores financieros. El Comité de Supervisión de Basilea alcanzó un acuerdo, tanto sobre los criterios de admisibilidad, como sobre los límites para inclusión de determinados tipos de instrumentos de capital híbridos en los fondos propios básicos de las entidades de crédito (...), en este sentido, en la presente ley e modifica el régimen para la computabilidad de las participaciones preferentes como recursos propios (...).

Nos gustaría, por último, destacar el problema de la asimetría de información entre el originador del riesgo, quién cuenta con más información, y el inversor, que está mucho menos informado. El perjuicio es máximo teniendo en cuenta que los incentivos en ningún momento se encuentran alineados:

El originador busca transferir el riesgo.

El inversor busca obtener la máxima rentabilidad posible en términos de mínimo riesgo.

Sin embargo, desde los poderes públicos supervisores parece contribuirse a crear una situación de cuasi simetría informativa, que en realidad es inexistente. Ello va en

detrimento de la protección que tales poderes deben brindar a la categoría de inversores minoristas ordinarios que son adversos al riesgo.

2.- PA PRUEBA EN LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES

2.1.- Vicio del consentimiento en la relación contractual

El *quid* de la cuestión de este tipo de litigios, reside en probar el vicio en el consentimiento otorgado por el cliente. Todo consentimiento nace de un proceso previo de deliberación que se ve influido por la información ajena a la propia persona, así como por las estructurales mentales de las que el sujeto parte.

Recalamos el hecho de que esta información proveniente del exterior es un factor más que decisivo para adoptar decisiones adecuadas. Por ello, no es de recibo el que la misma no nos sea proporcionada en términos de calidad (clara, útil, inteligible, completa).

Para el caso que nos atañe, vemos cómo, de manera sistemática, esta premisa se ha incumplido, bien porque no se le proporcionó ningún tipo de información al cliente, o bien porque ésta resultó ser defectuosa, parcial o confusa. Con parcial, nos referimos a que no se trasladaban al afectado los perjuicios que la operación le iba a proporcionar.

También hay que decir que, muchas veces, la información no reunía los requisitos en términos de calidad que expresábamos antes, puesto que ni el propio comercial de la entidad conocía las características del producto o los peligros que podría llegar a acarrear.

En cuanto al otro elemento que influye en el proceso de deliberación, las estructuras mentales previas del cliente, desencadenan en que una misma información pueda generar reacciones radicalmente opuestas en los sujetos.

A todo lo anterior, cabría añadir el hecho de que en la mayoría de los casos estudiados, echamos en falta un proceso previo de información con periodos de

reflexión que permitieran al cliente comprender aquello en lo que invertía. Este proceso se omitía en base a la relación de confianza que ligaba al cliente y al empleado de la entidad intermediaria. Por tanto, resultaban ser escasas las ocasiones en las que entre la presentación del producto al cliente y el momento de la firma transcurrían algunos días.

En base a los elementos anteriormente enumerados (información deficiente o inexistente, estructuras mentales previas inadecuadas y falta de proceso de reflexión), llegamos al fatídico resultado de un consentimiento radicalmente viciado.

Ahora, el problema pasaría por determinar si dicho vicio habría de reputarse como error o como dolo. Sin embargo, consideramos que dependerá del concreto supuesto. A continuación, contextualizaremos según los casos más habituales que han aparecido en la práctica.

- a) **Error:** se produce cuando se recibe una información correcta del exterior. Parte de no tener una voluntad pretenciosa donde el cliente opte por adquirir participaciones preferentes. Simplemente, la fuente que proporciona esa información la emite de manera inexacta, errónea o de manera deficiente. Y puesto que en temas de participaciones preferentes, el cliente no tiene estructuras mentales, esta información proporcionada es tomada a pies juntillas.

En la práctica esto se está demostrando en Sala, cuando en el interrogatorio que se realiza a los empleados de la entidad intermediaria, ellos mismos están reconociendo que ignoraban las características del producto o que sus superiores simplemente les habían dado unas directrices a seguir y que en ningún caso llegaron a comprender (SJPI núm. 11 Vigo, 19 de febrero de 2013).

- b) **Dolo:** Surge cuando la fuente que suministra la información es conocedora de que los datos que facilita al cliente o bien son sesgados, o escasos o incluso falsos. En esta categoría, a su vez, cabe distinguir entre un dolo silente o reticente y un dolo activo.

b.1) Dolo silente o reticente: la omisión de datos relevantes para la formación correcta del juicio.

b.2) Dolo activo: maquinaciones insidiosas para inclinar al destinatario hacia una decisión determinada que beneficie los intereses de quien la proporciona.

Se estará claramente ante un caso de dolo en los casos en los que el propio cliente manifestó cierta duda o inquietud, con una anterioridad que le hubieran permitido al dependiente de la entidad intermediaria sacarle del error justo a tiempo.

Para probar la concurrencia de vicios del consentimiento, nos serviremos de los *sub tema probandi* que se enuncian a continuación:

- **Falta de información o información defectuosa por parte de la entidad intermediaria.** Es decir, atender a la formación o conocimiento que el empleado de la entidad intermediaria tenía sobre las participaciones preferentes, llegando a demostrar que era insuficiente o inadecuado (error procedente de culpa o negligencia del intermediario) o que se le sustrajo información al cliente (dolo reticente) o se le dieron datos sesgados o falsos aun conociendo el empleado de la entidad las necesidades y la situación socioeconómica del cliente (dolo activo).
- **Inadecuadas estructuras mentales con las que partía el cliente** que le impedían procesar de manera correcta la información recibida, no permitiéndole llevar a cabo un análisis crítico.
- **Falta de periodo de reflexión para la toma de decisión.** Este proceso por sus características intrínsecas requería de un respeto de los tiempos, de la facultad de disponer de la información por escrito y de la oportunidad de contrastar la misma con terceros, en aras de garantizar una decisión certera.
- **El interés propio de las entidades intermediarias.** Un interés diametralmente opuesto al del cliente y que radicaba en una necesidad acuciante de liquidez inmediata y sin coste alguno que fuera recibida “a fondo perdido”.

Como veremos a continuación, estos *sub thema probandi* podrán ser acreditados según la relación de indicios que seguidamente enunciamos.

Cuando la controversia es relativa a la existencia de un hecho psíquico, los hechos fundamentales en dichos litigios solo serán probados vía

presunciones judiciales, puesto que no hay prueba directa que refleje lo que acontece a la mente humana. Y a lo sumo, lo máximo que podríamos llegar a conocer de esa parte interna sería lo que el sujeto refleja a través de la conducta, y su forma de actuar. Concretamente, atenderemos a las deficiencias en el proceso mental a la hora de procesar la información, deliberar y tomar la decisión en el caso del “preferentista”⁵. Todo lo más que se puede hacer en estos casos es inferir su existencia partiendo de unos hechos y actos que rodean ese proceso intelectual. Dicha inferencia tratará de asociar o relacionar una serie de indicios con las deficiencias en el proceso mental.

Entre los indicios que permiten concluir que existe la concurrencia de un consentimiento viciado, están los siguientes:

- a) **El perfil del adquirente de preferentes.** Destaca, de entre los perfiles desfavorables para procesar la información recibida por parte de la entidad intermediaria, el de personas de avanzada edad (SPJI núm. 21 Valencia, 10 octubre de 2012), el de personas con perfil conservador (SJPI núm. 5 Valencia, 13 de junio de 2012), el de personas carentes de formación financiera (SJPI núm. 1 Cambados, 10 de julio de 2012), el de personas con un patrimonio reducido destinado en integridad a la adquisición de las participaciones preferentes (SJPI núm. 1 Santa Cruz de Tenerife, 12 de abril de 2012), el de menores de edad en situación de desempleo (SJPI núm. 1 Bilbao, 19 de noviembre de 2010) y el de personas que no han recibido ningún tipo de asesoramiento (SAP Córdoba, Secc. 1ª, 30 de enero de 2013).

Además, no hay que caer en la trampa de que por el hecho de que nuestra parte (el adquirente de participaciones preferentes) haya adquirido participaciones preferentes en el pasado, eso le implique ser un inversor experto. Esto encuentra su razón de ser en que aquella inversión anterior también se pudo haber realizado con el mismo desconocimiento que el de las inversiones posteriores en participaciones preferentes.

⁵ Según la Real Academia Española (RAE), la palabra “preferentista” no existe, pero su enorme difusión en los medios de comunicación y por la gente de a pie han atribuido al afectado por la adquisición de las preferentes el título de “preferentista”. Es normal referirse a él con este término.

- b) **La relación de confianza.** Es el motivo principal por el que se eluden esos períodos de reflexión, dejando la decisión a criterio del experto de nuestra confianza. Ello se acentúa todavía más cuando existen vínculos familiares o de amistad con los trabajadores de la sucursal o por el hecho de llevar muchos años acudiendo a la misma sucursal.

- c) **El móvil de comercialización.** Partiendo de que parece raro que una persona de avanzada edad que lleva toda la vida ahorrando para garantizarse una vejez holgada se transforme en tiempo récord en un arriesgado inversor, resulta complicado entender tal decisión, llegando incluso a pensar que podría deberse a un trastorno a nivel psicológico por parte de quien la lleva a cabo. La verdadera explicación la encontramos desde la perspectiva de las entidades de crédito.

Fueron las propias entidades de créditos quienes en una situación límite de urgente recapitalización, y sin inversores profesionales, buscaron captar dinero de manera inmediata, a partir de productos cuyo beneficio solo redunda en el emisor de tales participaciones preferentes.

- d) **El proceso de información.** Tal y como hemos visto en el apartado *1.1.3.- Obligaciones de la entidad prestadora de servicios de inversión*, la información facilitada es deficiente. Puesto que previo a la contratación, es el momento en el que hay que explicar al cliente las características del producto.

Como indicadores de un deficiente traslado de la información al “preferentista”, consideramos los siguientes: i) proporcionar la información de manera oral sin proporcionar al cliente documentación que contuviese una explicación clara y comprensible sobre las participaciones preferentes. ii) Falta de conocimiento del producto por los propios empleados de las entidades de crédito. iii) En ningún momento se lleva a cabo un análisis de los posibles escenarios. iv) Poco o nulo tiempo para la reflexión sobre la suscripción o no de la orden de

compra de las participaciones preferentes. v) Indisposición de borradores de la documentación que iba a firmar, impidiendo que la misma sea analizada por el cliente en su casa o que pudiera consultar a un tercero con conocimientos especializados las implicaciones contractuales que de esa documentación se iba a desprender. vi) Aplazamiento de los test de idoneidad a otra fase no pertinente. vii) Y ausencia de tiempo para permitir el asesoramiento legal debido a que la documentación solo se entregaba una vez estuviera firmada.

- e) **Indicios relativos al acto de la firma de los documentos contractuales.** Según las palabras que he recogido, la mayoría de los relatos de los afectados de las preferentes coinciden en que fue llegar a la oficina de la entidad intermediaria donde firmaron muchos papeles a gran velocidad y que se marcharon con la misma sensación con la que llegaron, es decir con un desconocimiento total de lo que estaban firmando. A mayor abundamiento, existen casos en los que ni tan siquiera quien les estaba atendiendo, era la persona que les había ofertado el producto y animado a ello días antes, lo cual agrava bastante las cosas.

En esta fase, en general, los indicios son: i) falta de solemnidad (la firma no se llevaba a cabo con la presencia del director de la sucursal ni en el despacho de éste). ii) No se lee en voz alta la documentación a firmar por lo que no se dio al cliente la oportunidad de interrumpir en aquellos fragmentos que no comprendiera (y más aún cuando puede ser la primera vez que el cliente se enfrenta a documentos de este tipo de negocios). iii) No se le pregunta de manera reiterada al cliente sobre la comprensión de las características de lo que está adquiriendo. iv) En ningún momento se menciona que las participaciones preferentes tienen como característica el ser perpetuas. v) Presencia de una persona en el acto de la firma cuando la orden de compra la cursan varias, es decir, supuestos en los que la adquisición de los títulos es en régimen de copropiedad (siendo el ejemplo típico el de un matrimonio, donde acude uno de los cónyuges). vi) Falta de firma en cada una de las páginas, estampando solo la firma al final de los documentos, siendo esta última página la única que se pone a

la vista del cliente. vii) No se sigue el orden lógico para firmar los documentos, llegando incluso a rubricar la orden de compra en una fecha y transcurridos unos días se firma el test de conveniencia. viii) Realizar el test de conveniencia el mismo día en que se firman los contratos, de lo que se desprende que los resultados que los mismos nos arrojen son de nula trascendencia. ix) La existencia de documentos relevantes que no cuentan con la firma. x) Los clientes salen de la oficina sin que se les entregue un duplicado de los documentos negociales suscritos. xi) Y el cliente solo tiene vagos recuerdos del acto en sí, es decir, como si la trascendencia hubiera sido lo mismo que una mera retirada rutinaria de efectivo.

f) **Indicios relativos a la forma y contenido de la documentación de carácter contractual.** Con estos indicios lo que se pretende es probar la pésima calidad de la información, el móvil, la falta de reflexión y las malas estructuras mentales con las que partían los clientes.

Entre otros indicios destacan: i) El test MiFID⁶ cuenta con pocas preguntas, muy genéricas y de difícil comprensión, llegando a tener expresiones que llevan fácilmente a la confusión (por ejemplo, cuentan con la expresión “renta fija”). ii) En numerosas ocasiones se proporciona el test al cliente con todas las casillas ya marcadas a falta de la firma del interesado. iii) Es un test no veraz puesto que se señalan determinadas respuestas del cliente que son completamente distintas a la realidad. iv) El folleto informativo contiene expresiones muy técnicas e incomprensibles para cualquier persona que carezca de determinados conocimientos financieros, de tal suerte, que tampoco cuenta con un glosario donde explicar dichos términos. v) El folleto informativo se encuentra redactado en lengua extranjera. vi) Uso de términos poco exactos que esconden los riesgos que contrae el cliente al adquirir las participaciones preferentes (por ejemplo, no se manifiesta la posibilidad de pérdida por el cliente de toda la inversión, simplemente se enuncia la

⁶ La MiFID (Markets in Financial Instruments Directive) es una Directiva donde se regulan bajo el mismo nombre los test MiFID. Este tipo de test abarcan tanto los test de idoneidad como los de conveniencia que habrá de realizar la entidad financiera en un momento previo a la contratación del instrumento financiero.

posibilidad de incurrir en pérdidas). vii) En la orden de compra figuran rasgos definidores de la figura del cliente que se oponen por completo a la naturaleza del producto (por ejemplo, decir que el perfil del cliente es conservador o de bajo riesgo). viii) En la orden de compra figuran datos como la fecha de vencimiento que contrastan con el verdadero carácter perpetuo del instrumento. ix) Falta de datos importantes en la orden de compra, donde solo se especifican el tipo de producto que se contrata, el importe y el rendimiento previsible. x) Y omisión del dato relativo a la fecha, en aras de poder alegar que la entrega de los documentos informativos fue anterior a la firma de los contractuales.

- g) **Existencia de hechos post contractuales que refuerzan las creencias erróneas de los adquirentes de preferentes.** Siempre y cuando estemos ante el presente supuesto de hecho, se nos facilitará enormemente al prueba del consentimiento dado que en estos casos la conducta post contractual ya es lo suficientemente reveladora. Personalmente, un ejemplo bastante gráfico es la situación de determinados clientes que han estado ciegamente convencidos de que habían contratado otra cosa, véase un depósito, cuyos excedentes de liquidez ellos mismos reinvertían en la adquisición de nuevas participaciones preferentes, siempre teniendo presente que esas participaciones preferentes tenían un funcionamiento similar a un depósito.

Lo mismo ocurría cuando se recibían abonos en cuenta corriente asociada por el importe de los intereses. Indicio que ávidamente han interpretado las entidades de crédito como prueba de que los “preferentistas” en todo momento conocían lo que hacían. Sin embargo, este argumento tiene doble lectura puesto que puede ser alegado a favor de los clientes quienes creían hallarse ante un depósito remunerado que, del mismo modo, proporciona: abonos periódicos de los intereses.

Aquí se englobarían también los casos en los que se permitió recuperar al cliente una pequeña parte de lo invertido, al poco tiempo de la adquisición de los títulos.

h) **Indicios de la fase de reclamación.** Tras conocer el adquirente de participaciones preferentes cuál es su situación y los efectos de su consideración como titular de preferentes, se presenta en su entidad de crédito habitual para obtener una explicación al respecto. Las reclamaciones han llevado a cabo bien personalmente o bien por escrito. Para este último caso resulta indiciario tanto el silencio por parte de la entidad bancaria como el hecho de que se faciliten explicaciones incongruentes.

Sin embargo, el mayor peso a efectos probatorios se lo llevan los casos en los que son los propios empleados quienes tratan de calmar al cliente bajo las mismas razones que utilizaron en su día para persuadir al cliente en su compra (por ejemplo, que en cualquier momento el dinero se puede retirar, que aquellos intereses no abonados les serán abonados, etc.)

2.2- La carga de la prueba en casos de ausencia de información.

La prueba de la existencia de un consentimiento viciado, que extensamente hemos desarrollado en el apartado anterior, ha de realizarla el que lo ha prestado, pero hay que atender a los *sub thema probandi*, pues en su acreditación reside el éxito del tema de la prueba. En el caso de ausencia de información o de carencias en la misma, el poder probar que sí se tuvo en cuenta dicha obligación diligentemente, corresponde a la entidad que las comercializó. Esto se fundamenta en que, a contrario sensu, sería una carga desmedida para el actor el tener que demostrar un hecho negativo.

Ahora bien, en lo relativo a las estructuras mentales previas de las que parte el cliente, así como en las circunstancias de la reflexión, el gravamen de la prueba recae sobre el afectado que demanda.

Para concluir, en lo referente a la prueba del móvil y del interés de la entidad intermediaria en que se llegará a la contratación del instrumento, hay que tener en cuenta la regla tuitiva del art. 217.7 LEC, que alude a la facilidad y gran disponibilidad de prueba por parte de la demandada, a quien le bastaría con reunir evidencia sobre un destino de los fondos diferente al de fortalecer el patrimonio neto del grupo al que pertenece.

2.3- Medios de prueba en litigios de participaciones preferentes

Tal y como hemos venido comentando, los vicios del consentimiento encuentran su prueba a través de las presunciones judiciales, aunque a todos los efectos dichos indicios han de probarse y para ello hay que valerse de los medios de prueba. Éstos se encuentran recogidos en el art. 299 LEC:

1. Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son:

1.º Interrogatorio de las partes.

2.º Documentos públicos.

3.º Documentos privados.

4.º Dictamen de peritos.

5.º Reconocimiento judicial.

6.º Interrogatorio de testigos.

2. También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.

3. Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias.

A raíz del presente artículo, haremos algunas consideraciones sobre determinados aspectos:

- a) **Interrogatorio de parte.** Es una prueba que carece de interés para el demandante (adquirente de preferentes). Además resulta que los representantes legales de las entidades de crédito carecen de conocimiento directo de los

hechos, pretexto que se termina de completar por el hecho de que quienes tienen verdadero conocimiento de los mismos subsumen mejor la al interrogatorio de testigos quienes se deben a la verdad puesto que se encuentran bajo juramento o promesa de la misma.

En el polo opuesto, vemos cómo tampoco interesa a las entidades demandadas dicho medio de prueba puesto que se estaría facilitando el dar a conocer a la autoridad judicial el perfil del afectado por la compra de participaciones preferentes, que en la inmensa mayoría de los casos, resultaron ser personas de avanzada edad con escasos conocimientos financieros y a los que no se les informó de nada.

- b) **Interrogatorio de testigos.** Es imprescindible para la defensa del afectado el solicitar el interrogatorio de aquella persona o personas que participaron en la comercialización de las preferentes. La participación abarca desde los que intervinieron en la fase informativa o previa, hasta los que se personaron en el momento en que se firmaron los documentos.

Ya en lo relativo a las preguntas a formular, resultan de interés: la información facilitada por la entidad de crédito sobre las participaciones preferentes, el modo en que se rellenaron los test de conveniencia e idoneidad, el contenido literal de la explicación facilitada a los clientes, el contenido del clausulado de la documentación a presentar, lo que incluso puede ser desconocido por parte de los empleados que las ofrecían.

- c) **Prueba pericial.** Dado que puede ser de distinto contenido y orden, se ha de mencionar:

-La pericial psicológica Su finalidad estriba en convencer al juez de la disfunción grave entre la estructura mental previa con al partía el cliente y la información proporcionada por la entidad de crédito. Será un psicólogo quien haga una evaluación detallada respecto de los factores que provocan esa distorsión en la comprensión del mensaje dentro del marco de un escenario desfavorable para el receptor de la información. Se recomienda encarecidamente a la defensa del “preferentista” solicitar al experto profesional que manifieste su

opinión sobre la posible comprensión de las advertencias contenidas en los documentos, para las circunstancias y modo en que se proporciona la información y se procede a la firma de los documentos. Todo ello se basa en la premisa de que todo consentimiento informado que se haya prestado en determinado escenario y con fuentes de distracción es muy poco comprometedor.

-La pericial económica. Resulta clave para la verificación del posible vicio en el consentimiento. Para ello, se puede llevar a cabo una lectura crítica por parte de un experto acerca de la inteligibilidad de la información en su conjunto, tanto la contractual como la meramente informativa.

-La pericial grafológica. Será conveniente en aquellos casos en los que se mantenga que la rúbrica que aparece en los documentos no haya sido estampada de puño y letra del afectado.

Una variante de gran relevancia es el Análisis psico-grafológico de la escritura, que cuenta con un uso muy concreto para los casos en los que el adquirente de preferentes, bien por su avanzada edad o por estar enfermo en el momento de la adquisición de las mismas, ha fallecido. Con este examen se trata de valorar, a través de los rasgos de su escritura, posibles impedimentos o afectaciones de tipo neurológico relevantes en términos de formación de la voluntad.

- d) **Prueba documental.** Se ha de solicitar, única y exclusivamente, para los casos en los que el demandante no cuente con la documentación, tanto informativa como contractual, y que a pesar de haberla requerido en fase prejudicial, la propia entidad de crédito no se la haya facilitado. En virtud del art. 328 LEC⁷, el

⁷ Artículo 328 Deber de exhibición documental entre partes:

1. Cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos que no se hallen a disposición de ella y que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba.

2. A la solicitud de exhibición deberá acompañarse copia simple del documento y, si no existiere o no se dispusiere de ella, se indicará en los términos más exactos posibles el contenido de aquél.

3. En los procesos seguidos por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual, cometida a escala comercial, la solicitud de exhibición podrá extenderse, en particular, a los documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros producidos en un determinado período de tiempo y que se presuman en poder del demandado. La solicitud deberá acompañarse de un principio de prueba que podrá consistir en la presentación de una

deber de exhibición de documentos inter partes cuenta con un significado relevante.

Del mismo modo, podría resultar interesante que la demandada (entidad de crédito) justificara con documentos la formación que se les proporcionó a los empleados en relación al tema de las participaciones preferentes.

- e) **Reconocimiento judicial de personas.** Este medio de prueba se abordará con detalle en el próximo apartado, pero aquí presentaremos la idea básica. En términos generales no existe impedimento para la práctica del mismo para los litigios de participaciones preferentes. El diálogo juez- sujeto del reconocimiento tiene como principal ventaja el que el primero pueda conocer de primera mano la capacidad de comprensión y la capacidad para procesar la información compleja con la cuenta el afectado por las participaciones preferentes.
- f) **Medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen.** Tal y como hemos venido explicando, la escasa duración del proceso de formalización de los documentos vía rúbrica es un síntoma de la falta de una adecuada información. Por lo que podría resultar interesante solicitar a la parte demandada los soportes con los que cuentan los sistemas de video vigilancia de la oficina a la que se acudió, para identificar las horas a las que entran y salen las partes implicadas. Aunque cabe decir, que como alternativa sería suficiente con hacer un simulacro de lectura pausada de la documentación, que se cronometrara y se grabara en vídeo.
- Comparativamente, en el acto del juicio, se reproducirán las dos grabaciones audiovisuales.
- La mejor solución sería contar con una cámara que grabara la mesa o el despacho en que se ejecutó la operación comercial, pero no en todos los casos se cuenta con una de ellas.

muestra de los ejemplares, mercancías o productos en los que se hubiere materializado la infracción. A instancia de cualquier interesado, el tribunal podrá atribuir carácter reservado a las actuaciones, para garantizar la protección de los datos e información que tuvieran carácter confidencial.

2.4- Especial mención a la prueba del reconocimiento judicial de personas.

Se expone la presente en un apartado independiente debido a la situación fáctica real que se da todos los días en los tribunales.

Lo que sucede es que, con total probabilidad, el Banco demandado no solicite el interrogatorio de parte contraria puesto que no le beneficiaría en absoluto el que el afectado contara cómo ha sido engañado. Si a ello le sumamos el hecho de que procesalmente no se permite solicitar el interrogatorio de tu parte, son algunos autores, entre otros Carlos Miranda,⁸ los que para no dejar sin voz al afectado, recomiendan encarecidamente al abogado que actúe en defensa del adquirente de preferentes solicite el reconocimiento judicial del inversor invocando el art. 353 LEC. De este modo, el juez podrá comprobar *in situ* el perfil del inversor.

De la importancia de seguir esta estrategia procesal, surge la necesidad del estudio a fondo de dicho medio de prueba puesto que existe controversia doctrinal al respecto, Por lo que no hay mejor manera de despejarla que conociendo su teleología.

La regulación del reconocimiento judicial como medio de prueba se encuentra recogida en los arts. 353 a 359 LEC, Libro II, Título I, Capítulo VI. Con la entrada en vigor de la LEC de 2000 se derogaron los artículos 1240 y 1241 CC sobre la inspección personal del Juez y se introdujeron modificaciones como el que el objeto de reconocimiento no solo fueran objetos y lugares, sino también personas o como el uso de medios como la grabación de imagen y sonido para actuar de soporte y complemento a la percepción propia del Juez. Además, se permite al Tribunal acudir a cualquier medida necesaria para la plena efectividad del reconocimiento, incluyéndose, por tanto, la entrada en el lugar donde debe procederse al reconocimiento o donde se encuentre el objeto o la persona que haya de ser reconocido.

Se podría considerar al reconocimiento judicial como “aquel medio de prueba dirigido a lograr del Juez o Tribunal el examen directo de lugares, objetos o personas,

⁸ GUERRERO, C., "Las acciones y participaciones preferentes: acciones judiciales y estrategias de defensa" en *La Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2012.

cuando dicha percepción resulte necesaria o conveniente a los efectos de la apreciación o esclarecimiento de los hechos objeto del proceso”⁹.

Estamos ante un medio de prueba directo puesto que el órgano judicial contacta de manera directa con el objeto de la prueba. Lo que de acuerdo con la clásica clasificación de Carnelutti¹⁰, se opone al resto de medios de prueba que entrarían en la clasificación como indirectos. Como de aquí se desprende la institución de la inmediación cobra un papel relevante, puesto que este medio de prueba es judicial, no siendo posible la delegación de tal función en un tercero diferente al Juez o Magistrado que estén conociendo del asunto. Esto sin perjuicio de que la admisión la lleve a cabo un órgano jurisdiccional distinto (auxilio judicial) o que su práctica se lleve a cabo por varios Magistrados, para el caso de que el proceso se sustancie ante un órgano colegiado.

➤ **Objeto de la prueba**

Tal y como ya anunciábamos, el art. 353 LEC enuncia que el objeto es “algún lugar, objeto o persona”, siempre y cuando tengan una vinculación directa con los hechos controvertidos que presenta el proceso y sirvan al órgano judicial para su observación y apreciación de cara al esclarecimiento.¹¹

Cabe destacar la mejora en la técnica legislativa por medio de la sustitución de “sitio o cosa litigiosa” que recogía la legislación precedente. Sin embargo, el legislador ha optado por no señalar lo que ha de entenderse por lugar u objeto, dejando los niveles de la concreción bajo mínimos.

a) Reconocimiento de objetos.

Debido a la falta de concreción por parte del legislador, los objetos pueden ser de cualquier naturaleza, optando por un concepto de objeto en el amplio sentido

⁹ ASENCIO MELLADO, J. M^a, *Derecho Procesal Civil. Parte Primera*, Valencia, 2000, pág.311.

¹⁰ CARNELUTTI, F. *La prova civile. Parte generale (II concetto giuridico della prova)*, Roma, pág. 67.

¹¹ STS 26 de noviembre de 1985 (RAJ 5902/1985): “... Es menester que la diligencia de prueba no se halle incurso en las prohibiciones o limitaciones establecidas por el legislados... y ser de notorio influjo en el pleito para que mediante él se consiga el esclarecimiento de extremos esenciales e importantes del mismo que tiendan a facilitar al juzgador la resolución de la cuestión controvertida, toda vez que si, a tal fin, fueran inútiles, innecesarios o irrelevantes, debieran ser rechazados de oficio...”

de la palabra. Incluso, Alonso-Cuevillas¹², considera que el reconocimiento judicial se puede llevar a cabo en el espacio virtual puesto que es un perfecto caldo de cultivo de información fáctica.

En función del carácter que tenga el objeto, la forma en que habrá de practicarse el reconocimiento judicial se verá afectada.

b) Reconocimiento de lugares.

Implica la necesidad de proceder a dicho reconocimiento en lugar distinto de la sede judicial y que se ve posibilitada en aplicación del art. 268.1 LOPJ, en cuyo segundo apartado prevé que el lugar puede encontrarse dentro o fuera de su propia circunscripción. Para el segundo caso se acudirá por medio del auxilio judicial según lo recogido en el art. 169 LEC, que en su segundo apartado, recoge literalmente el auxilio judicial en materia de reconocimiento judicial. Sin embargo, presenta el inconveniente de que se pierde la inmediación del órgano judicial que está conociendo del recurso para cederlo a favor de otro.

Suele ser un procedimiento bastante empleado para casos con problemas de lindes o los derechos sobre predios.

c) Reconocimiento de personas: Es una de las novedades que se introdujo en la LEC en el año 2000. Aunque se puede decir, que ya la jurisprudencia la venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor del ya citado cuerpo legal. Su práctica se lleva a cabo a través de un interrogatorio realizado por el tribunal bajo la máxima del respeto a la intimidad y dignidad de la persona.

José Luis González-Montes¹³ viene a decir que abarca tanto un reconocimiento externo como interno, lo que viene a decir que el tribunal podrá obtener información por

¹² ALONSO-CUEVILLAS, SAYROL,J., “Internet y prueba civil”, Revista Jurídica de Cataluña, 2011, núm. 4, pág. 286.

¹³GONZÁLEZ-MONTES, J. L.,” La prueba de reconocimiento judicial: admisión y práctica en el proceso civil”, en *Economist & Jurist*, pág. 17.

medio de una valoración física del sujeto sometido al reconocimiento judicial a través de la observación de partes de su cuerpo, o bien analizarlo desde el punto de vista psíquico para evaluar su capacidad intelectual y las habilidades cognitivas.

Ordoño Artés¹⁴, siguiendo esta línea considera que son posibles los reconocimientos personal, corporal y psiquiátrico.

Empero, cuando el análisis tanto intelectual como psíquico de la persona se pueda obtener por medio de la prueba testifical o el interrogatorio de parte, es desaconsejable sustituir el reconocimiento por cualquiera de ellas.

➤ **Proposición, admisión y práctica de la prueba.**

Hay que acudir a las disposiciones generales en materia de prueba en el Capítulo V, y concretamente al art. 282 LEC para ver que la iniciativa reside en las partes del proceso, generalmente, pues han de acreditar los hechos. El actor lo hará con los constitutivos o impeditivos y la parte demandada hará lo mismo con los extintivos o excluyentes. Podemos sugerir que el juez reconozca al actor, por medio de las preguntas que considere pertinentes. Para tal fin, se deberá preparar adecuadamente esta petición, para lo que habrá que establecer de manera clara cuáles son los extremos, puesto que habitualmente tiene lugar por la vía de la prueba anticipada. Evidentemente y para el tema que aquí nos compete, al juez se le propondrá que evalúe a través de preguntas, la capacidad del adquirente de preferentes para comprender el contrato, así como el conocimiento que del mismo tenga.

Toda norma general tiene su excepción, por lo que la actividad probatoria cabe imputarla al órgano jurisdiccional solo para supuestos tasados en la ley. Concretamente, y como cajón de sastre, nos interesaremos por el supuesto del art. 429.1, párrafo segundo LEC¹⁵, donde se deja abierta la posibilidad que de oficio se

¹⁴ ORDOÑO ARTÉS, C., *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil español*, Madrid, 1987, págs. 171, 172 y 175.

¹⁵ Art. 429, párrafo segundo LEC: “Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de

lleve a cabo la actividad probatoria en el juicio ordinario. Esto no se debe confundir con que al tribunal le corresponda ordenar la práctica de determinadas pruebas, sino que compartiendo opinión con DE LA OLIVA¹⁶, la función del tribunal es señalar aquellas pruebas que a su juicio considere convenientes.

Una vez evaluado a quién corresponde la proposición de la prueba y en qué casos, hay que considerar el momento procesal en el que plantear la prueba del reconocimiento judicial. En virtud del art. 429 LEC, en el juicio ordinario, las partes propondrán el reconocimiento judicial en la audiencia que se celebra previa al juicio. Se hará de manera conjunta con el resto que se hayan solicitado. En caso de juicio verbal, el reconocimiento judicial tendrá que proponerse en la vista, conforme a lo recogido en el art. 443.4 LEC, salvo que recayera sobre uno de los supuestos excepcionales en los que cabe proposición fuera de los momentos establecidos. A modo de ejemplo, cabe citar la prueba anticipada, la prueba sobre hechos de nueva noticia o la solicitud de la prueba de reconocimiento judicial en virtud del art. 734.2 LEC para el ámbito del proceso cautelar o de las diligencias finales.

La parte que solicite el reconocimiento judicial tendrá que proponer de manera expresa los extremos que a su juicio considera relevantes para la observación que realice el órgano judicial, decisión de la que también es partícipe el juzgador quien tiene la misma función de delimitar los extremos. En virtud del art. 353.2 II LEC, la proposición está sometida a contradicción, siempre y cuando la parte contraria alegue circunstancia distinta sobre la que deba aludir la práctica de la prueba.

Tanto la parte proponente como la contraria, pueden pronunciarse sobre si acudirán a la práctica de la prueba asistidos por personas especializadas en la materia.

manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.”

¹⁶ DE LA OLIVA SANTOS, A., con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2000, pág. 276.

De cara a la admisión de la prueba, se habrán de considerar los criterios del art. 283 LEC (pertenencia, utilidad y licitud), por lo que solo se admitirá cuando el reconocimiento nos permita esclarecer los hechos controvertidos, lo que supone que ha de ser una prueba relevante de cara a la decisión del pleito, lo que viene a ser el medio idóneo para sembrar certeza (positiva o negativa) a los hechos que llenarán o no de convicción al juzgador.

No debemos olvidar que la legalidad ha de regir el proceso de principio a fin, es decir, que la obtención de los datos que vayan a ser empleados en la prueba del reconocimiento han de seguir este presupuesto necesario. Para mayor garantía, el art. 354.1 LEC permite que el tribunal pueda acordar las medidas que, a su juicio, sean necesarias para garantizar la efectividad del reconocimiento. Estas medidas colisionan directamente con determinados derechos considerados como fundamentales: derechos a la inviolabilidad del domicilio, la intimidad personal y familiar. Dichos derechos son conculcados cuando no exista justificación alguna vinculada con la realización del reconocimiento. En consonancia con la doctrina constitucional, solo podrán acordarse este tipo de medidas cuando haya una resolución judicial motivada que las autorice, guarden proporción y adecuación con el fin que persigue la medida.

Para los casos en los que exista una negativa del afectado por el reconocimiento, bien sea para acudir al llamamiento judicial, o bien para permitir la entrada al lugar en que se haya de reconocer o donde se halle la persona a quien haya que reconocer, consideramos junto con López Yagües¹⁷ que se podrán aplicar sanciones de manera periódica hasta que comparezca, o llegando aún más lejos, se le podrá imputar el delito tipificado en el art. 556 CP de desobediencia grave a la autoridad.

La práctica del reconocimiento judicial será distinta cuando la práctica tiene lugar en la sede del tribunal como cuando el tribunal tenga que desplazarse a una

¹⁷ LÓPEZ YAGÜES, V. *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, Madrid, 2005, pág. 214.

ubicación determinada y distinta del Juzgado para proceder a su práctica. En este último caso, la práctica puede llevarse a cabo por el mismo órgano siempre y cuando el lugar se encuentre en su circunscripción o puede que se necesite acudir a órgano distinto del que está conociendo del caso por vía del auxilio judicial. Este recurso (auxilio judicial) tiene la consideración de excepcional puesto que rompe con el carácter de medio de prueba directo con el que parte el reconocimiento judicial, puesto que con la palabra “directo” se entiende necesaria la intermediación del juzgado para la observación y práctica de la prueba.

En el caso del reconocimiento judicial de personas, que es el que nos interesa para los litigios de participaciones preferentes, habrá que adaptarse a las necesidades del caso, que se tendrán en cuenta a la hora de formular el interrogatorio, y atendiendo a las circunstancias, pudiendo optar por la celebración sin luz y sin taquígrafos. Además, cabe argüir que la práctica del reconocimiento judicial habrá de respetar la dignidad e intimidad (art. 355.2 LEC) como derechos fundamentales, por lo que no se permitirán torturas, intervenciones corporales o coacciones entre otros.

Si ya en el momento de la proposición de la prueba, una o las dos partes indicaron que acudirían a la práctica con personas técnicas en la materia, se personarán con las mismas en el lugar del reconocimiento siempre tras la recepción de la perceptiva citación en forma. La naturaleza jurídica de estos sujetos se encuentra entre la de un perito, puesto que puede alegar conocimientos de tipo técnico, y un testigo, dado que alegará lo que estime sobre el objeto de reconocimiento.

Aparte de estas figuras, se permite la presencia en la práctica del reconocimiento judicial, a las partes, los letrados y procuradores. Cualquier aseveración que realicen figurará en el acta y sin perjuicio, de que el Juez reciba la promesa o juramento de decir la verdad en un momento previo (art. 354.2 y 3 LEC).

El reconocimiento judicial fuera de los momentos procesales ordinarios.

Solo propondremos las opciones sucintamente. En ocasiones, puede resultar conveniente para esclarecer y apreciar los hechos que el órgano judicial examine objeto, lugar o persona como prueba **anticipada** o **se necesite la adopción de determinadas medidas en aras de que la prueba de reconocimiento tenga lugar en el momento adecuado, por medio de la adopción de medidas de aseguramiento de la prueba** (art. 293 y 297 LEC).

La finalidad en uno y en otro es distinta. Para la prueba anticipada son la concurrencia de una serie de circunstancias que nos llevan a pensar que la ya citada prueba del reconocimiento judicial, no podrá practicarse en el momento procesal que le corresponde:

-En caso del juicio ordinario: le correspondería en un momento previo al acto del juicio.

-En caso de un juicio verbal: se debería practicar en el acto de la vista.

Aún cuando no pueda practicarse en un momento previo al comienzo del proceso.

Para las medidas de aseguramiento de la prueba, la finalidad, valga la redundancia, es la de asegurar la prueba de cara a que pueda tener lugar y practicarse en su momento procesal adecuado. Para este fin han de adoptarse las medidas que permitan garantizar que dicha prueba se practicará en el momento procesal oportuno.

a) Cabe la proposición y práctica del **reconocimiento judicial como diligencia final** cuando concurren los presupuestos del art. 435 LEC:

-imposibilidad de proposición en tiempo y forma por las partes.

-causas ajenas a las parte la solicita no permitieron la práctica de las pruebas previamente admitidas.

-pruebas útiles y pertinentes referentes a hechos de nueva noticia ex art. 286 LEC.

Como vemos, la práctica en este momento procesal quedará relegada a la condición de excepcional y solo para juicio ordinario debido a que no se prevé el uso de las diligencias finales en los juicios verbales.

- b) Retomando el supuesto de la alegación de hechos nuevos que recoge el art. 286 LEC, podría haber un supuesto de proposición y práctica de la prueba del reconocimiento judicial en momento procesal distintivo del ordinario. Es por ello que si la parte trata de introducirlo en un momento procesal donde hubiera precluido toda alegación referente al mismo, **cabrá su introducción por medio de un escrito donde se amplíen los hechos y que habrá de ser presentado.**

En caso de que el hecho no sea reconocido como cierto, cabrá proponer un medio de prueba en general y el de reconocimiento judicial de manera particular para la acreditación.

- c) De manera excepcional, y como cualquier otro medio de prueba, se podrá proponer en la segunda instancia siempre que la proposición encaje en alguno de los casos del art. 460.2 LEC:

-prueba denegada indebidamente en primera instancia y se hubiera llevado a cabo reposición o protesta en la vista.

-protestas que admitidas en primera instancia, por causas ajenas al solicitante de la prueba, no hubiera habido posibilidad de práctica, ni tan siquiera en diligencias finales.

-existencia de hechos relevantes para el fallo del pleito y que han acaecido en un momento posterior al comienzo del plazo para dictar sentencia en primera instancia o en un momento anterior a dicho término. Como condición habrá que justificar que se ha tenido conocimiento de tales hechos con posterioridad.

➤ **Concurrencia con la prueba pericial con la prueba testifical o con el interrogatorio de partes.**

En virtud de los arts. 356 y 357 LEC se permite la práctica concurrente con el reconocimiento judicial de las ya mencionadas pruebas (pericial, testifical y del interrogatorio de parte).

La concurrencia de prueba pericial con reconocimiento judicial puede ser a solicitud de parte o bien de oficio siempre y cuando el tribunal estime conveniente que sobre el mismo objeto, lugar o persona se practiquen los dos medios de prueba.

La práctica habrá de ser en un acto, impidiendo así que se practique de manera sucesiva.

El medio de prueba que se toma como referencia puesto que es el que permite la concurrencia en su práctica con otros, es el reconocimiento judicial. Por ello, debe existir un acta única donde se recoja el contenido referente dicha práctica conjunta.

En esta acta única es donde se recogerá todas las manifestaciones de los intervinientes en el momento de la práctica del reconocimiento judicial, en condición de órgano jurisdiccional, testigo, parte, perito o en condición de abogado o procurador si así lo hubiera acordado el tribunal.

Las manifestaciones han de clasificarse en la misma acta para determinar de quién es cada afirmación. Por lo que en el caso de la prueba pericial, se encontrará inmerso en el contenido del acta el dictamen del perito que intervenga.

➤ **Documentación y valoración de la prueba.**

La actuación llevada a cabo a través de la prueba de reconocimiento judicial, tanto si ha sido practicada de manera individual como si ha sido de manera conjunta con el resto de medios de prueba citados, se documentará en un acta que levantará el Secretario Judicial. En ella consignará las percepciones del tribunal y las observaciones realizadas por las partes, testigos, peritos o aquellos sujetos que hubieran intervenido (art. 358.1 y 2 LEC).

En cuanto a la tipología de las apreciaciones a incluir en el acta por parte del Tribunal:

-Valoraciones objetivas sobre cosa, persona o lugar: como por ejemplo, color de piel, señales, cicatrices, medidas o altura, entre otros.

-Valoraciones subjetivas: conclusiones del reconocimiento a las que llega el tribunal y que son la esencia de la finalidad de este medio de prueba, pues es de las mismas de las que se deriva la convicción del órgano judicial sobre los hechos del proceso.

El art. 359 LEC permite el uso de medios tecnológicos para hacer contar el reconocimiento judicial. Es decir, se podrán utilizar medios destinados a la grabación de imagen y sonido, o cualquier otro semejante. La finalidad no es otra que recoger fielmente aquello que se trata de reconocer.

El empleo de estos medios técnicos no impide que el Secretario Judicial tenga que levantar acta donde recoger las generalidades de la práctica del reconocimiento y las valoraciones subjetivas del órgano judicial sobre la constatación física que se está llevando a cabo.

Será también el propio Secretario Judicial quien tenga que custodiar el acta en cualquiera de los casos, es decir tanto para la práctica ordinaria como para la anticipada. Además, el Secretario Judicial tendrá que aportar copia sobre lo grabado o reproducido a aquella parte que lo solicite y siempre a su costa.

En cuanto a la valoración de la prueba, no existe previsión alusiva a la misma para el reconocimiento judicial, por lo que es libre la valoración¹⁸ efectuada al respecto. Por lo que no estamos ante una prueba de valoración legal o tasada que esté sujeta a la interpretación de determinadas normas positivas. Lo cual afirma el TS, en la STS de 27 de julio de 1996 (5/1996): “(...) la ponderación de la prueba de reconocimiento judicial no está sujeto en nuestro ordenamiento positivo a reglas jurídicas...”.

Para los casos en los que la práctica de la prueba se ha llevado a cabo por órgano distinto (por medio del auxilio judicial) del que tiene que valorarla y dictar sentencia, pueden aparecer problemas sobre la valoración. Tomamos como referencia los argumentos de LÓPEZ YAGÜES sobre la SAP de Madrid 242/2000, de 23 de marzo:

No existe infracción del art. 24 CE ni de precepto alguno de la LOPJ por el hecho de que la prueba –referida al reconocimiento judicial- se practicara por un Juez y fuese otro el que dicte la sentencia, habida cuenta de que los medios probatorios se documentaron adecuadamente en los autos, de manera que el Juez que pronuncia la resolución de instancia

¹⁸ STS 6 de diciembre de 1985 (Actualidad Civil 205/1986): “...La operación valorativa no tiene otro límite que las aludidas reglas de la sana crítica, como se dijo no recogidas en ningún precepto legal... y por lo que atañe al reconocimiento judicial tampoco su ponderación es vinculante, sino la libre valoración como no ajustada a reglas jurídicas...”.

tenía datos bastantes para conocer el resultado de la prueba y apreciarla según las reglas de la sana crítica, de forma que no se habría quebrantado el principio de inmediación judicial.

No será obstáculo a la valoración libre de la prueba (apreciación y valoración según las reglas de la sana crítica), la falta de garantía de la inmediación judicial en lo que es la práctica del reconocimiento¹⁹.

¹⁹ LÓPEZ YAGÜES, V., *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil*, cit., pág. 298 y 302.

CONCLUSIONES

Teniendo presente lo desarrollado a lo largo del trabajo, cabe a modo de conclusión resaltar:

- En la definición de participación preferente ofrecida por el Banco de España se da detalle de una serie de cuestiones de gran relevancia (no otorga derechos políticos al inversor, la retribución fija que proporciona es condicionada a la existencia de beneficios y su perpetuidad) que luego no son trasladadas al adquirente de participaciones preferentes.
- El mecanismo empleado por las entidades de crédito era transformar el pasivo en patrimonio neto, que se corresponde con el dinero captado a través de las participaciones preferentes.
- En virtud del art. 79 LMV, toda entidad de crédito que coloque participaciones preferentes entre minoristas habrá de cumplir con el deber general que aquí se recoge, y en concreto, con el que aquí se deriva de información al adquirente. El incumplimiento de la misma, se convierte en la piedra angular sobre la que versará la argumentación de la defensa del “preferentista” puesto que se estaría ante un defecto del consentimiento. Dicho vicio del consentimiento habrá de reputarse como error o dolo, atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Además los *sub thema probandi* con los que probarlo son: -falta de información o defectuosa, por parte de la entidad intermediaria, -inadecuadas estructuras mentales con las que partía el cliente, -falta de periodo de reflexión para la toma de decisión y – el interés propio de las entidades intermediarias. En función de la relación de indicios con la que contemos en el caso, se acreditarán unos u otros de los *sub thema probandi*.
- La clasificación a efectos legales de los inversores en el régimen del mercado primario de valores, la recogen los arts. 38 y 39 RD 1310/2005, diferenciando entre: -inversor iniciado o experto, -inversor cualificado e – inversor ordinario o minorista. La mayoría de las demandas que actualmente se interponen y con mayor probabilidad de prosperar son las referidas a este último tipo de inversores.

- En lo referente a la carga de la prueba ha de llevarse a cabo por el afectado en la adquisición de las participaciones para el caso del consentimiento viciado, a excepción de los casos de ausencia de información o defectos en la misma que le corresponderá a la entidad comercializadora.
- Los medios de prueba en los litigios de participaciones preferentes son: -interrogatorio de parte, -interrogatorio de testigos, -prueba pericial, -prueba documental, -medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y –reconocimiento judicial de personas. Este último es objeto de desarrollo en el trabajo puesto que muchas veces resulta ser la única vía para poder demostrar ante la autoridad judicial el perfil del inversor. Tiene lugar en los casos en los que la propia entidad bancaria no solicita el interrogatorio de parte contraria, que cubriendo su interés suelen ser la mayoría de los casos, puesto que se pretende dejar sin voz al afectado por las preferentes.

La situación actual se podría resumir con las últimas declaraciones al respecto, pronunciadas por Elvira Rodríguez, Presidenta de la CNMV, quien espera “que lo sucedido con las participaciones preferentes no se vuelva a producir”. Añadiendo que “los expedientes abiertos por casos de preferentes se encuentran en fase de instrucción pero sin terminar”, a lo que ha puntualizado que “afectan a casi todas las instituciones financieras”.

BIBLIOGRAFÍA

-ALONSO ESPINOSA, F. J., “Participaciones preferentes y clientes minoristas de entidades de crédito” en *Diario La Ley*, nº 7875, 2012.

-GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L., “La prueba pericial.” en *Economist & Jurist*, nº 142, 2010

-GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L., “La prueba de reconocimiento judicial: admisión y práctica en el proceso civil” en *Economist & Jurist*, nº 161, 2012.

-MIRANDA VÁZQUEZ, C., “La prueba de los vicios del consentimiento en la contratación de participaciones preferentes”, en *Diario La Ley*, nº 8119, 2013.

-PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Canje de participaciones preferentes por acciones y efectos sobre la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento” en *Diario La Ley*, nº 8036, 2013.

ANEXO I.

Modelo de Test MiFID



TEST DE CONVENIENCIA
RENTA FIJA DEUDA SUBORDINADA

Cliente: TOMAS [REDACTED]
Oficina: [REDACTED]

Test de Conveniencia para el producto OB.SUB.CAJAMAD. 2010

1. Es importante tener una idea de sus conocimientos sobre la variedad de productos y funcionamiento de los mercados financieros. ¿Podría indicarnos qué grado de conocimientos posee en base a su formación y experiencia?

- a) Escasos
- b) Entiendo la terminología
- c) Conozco el funcionamiento general de los mercados financieros
- d) Soy un experto en finanzas

2. ¿Conoce Ud. la naturaleza y las características operativas de los activos de renta fija?

- a) No
- b) Conozco sólo algunos aspectos
- c) Conozco los aspectos necesarios
- d) Sí, conozco todos los aspectos

3. ¿Conoce y entiende Ud. las variables que intervienen en la evolución de este producto, como son:

- La naturaleza de la deuda subordinada, que a efectos de la prelación de créditos se sitúa detrás de los acreedores comunes

- La valoración está influida por la evolución de los tipos de interés y las calificaciones de crédito (ratings)?

- a) No
- b) No, sólo entiendo la terminología
- c) Conozco el funcionamiento general de estas variables
- d) Sí, conozco el funcionamiento detallado de estas variables

4. ¿Ha realizado inversiones en los dos últimos años en emisiones de renta fija?

- a) No he realizado inversiones
- b) Sí
- c) Sí, en los últimos 12 meses
- d) Sí, las hago de manera habitual

El resultado del test es **CONVENIENTE**: esto significa que conforme a la información que usted ha facilitado, el producto para el que se ha realizado el test se considera conveniente para su contratación en este momento o en el futuro.

Además, conforme a la información facilitada, usted dispone de los conocimientos y experiencia necesarios para comprender y, en consecuencia, contratar en este momento o en el futuro, las siguientes familias de productos.