



Roj: **SAP M 2536/2015 - ECLI: ES:APM:2015:2536**

Id Cendoj: **28079370112015100066**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **11**

Fecha: **27/02/2015**

Nº de Recurso: **276/2014**

Nº de Resolución: **65/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **CESAREO FRANCISCO DURO VENTURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Undécima

C/ Ferraz, 41 , 914933922 - 28008

Tfno.: 914933922

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0038327

Recurso de Apelación 276/2014

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 06 de Leganés

Autos de Procedimiento Ordinario 694/2012

APELANTE: BANKIA SA

PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO ABAJO ABRIL

APELADO: D./Dña. Eulalio

PROCURADOR D./Dña. JOSE MANUEL DIAZ PEREZ

SENTENCIA

TRIBUNAL QUE LO DICTA :

ILMO/A SR./SRA. PRESIDENTE :

D. ANTONIO GARCÍA PAREDES

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D. CESÁREO DURO VENTURA

Dña. MARGARITA VEGA DE LA HUERGA

En Madrid, a veintisiete de febrero de dos mil quince.

La Sección Undécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 694/2012 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 06 de Leganés a instancia de **BANKIA S.A.** como parte apelante, representada por el Procurador D. FRANCISCO ABAJO ABRIL contra **D. Eulalio** como parte apelada, representado por el Procurador D. JOSE MANUEL DIAZ PEREZ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra *Sentencia* dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 07/02/2014 .

VISTO, Siendo Magistrado Ponente **D. CESÁREO DURO VENTURA.**



I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 06 de Leganés se dictó Sentencia de fecha 07/02/2014, cuyo fallo es del tenor siguiente:

"Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Don Carlos Martín Martín en nombre y representación de DON Eulalio, contra BANKIA, S.A., representada por el Procurador Don Francisco José Abajo Abril, debo declarar y declaro la nulidad del contrato de fecha 22 de mayo de 2.009 de participaciones preferentes y de depósitos de valores suscritos por Don Eulalio con Bankia y así como de cualesquiera contratos o actos jurídicos vinculados con dichas órdenes de suscripción o relacionados con ella de cualquier manera; y como consecuencia de esta declaración DEBO CONDENAR Y CONDENO A BANKIA S.A. a devolver a la actora la cantidad de CUARENTA MIL EUROS (40.000 ?) en concepto de principal, deduciendo de esta cantidad SIETE MIL CUATROCIENTOS CATORCE EUROS CON SETENTA Y CINCO CÉNTIMOS (7.414,75 ?) abonados por Bankia en concepto de intereses y con expresa condena de las costas causadas en este procedimiento a la parte demandada."

Con fecha 19 de febrero de 2014 se dictó auto aclaratorio cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"ACUERDO aclarar el fallo de la sentencia de fecha de 7 de febrero de 2.014 en el sentido de que los intereses que devengarán la cantidad a cuyo pago se condena a la parte demandada son los intereses del artículo 576 de la LEC. Es decir, el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la resolución judicial hasta su total y completo pago."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de BANKIA S.A., que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria que formuló oposición al recurso, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- Mediante la demanda origen del presente procedimiento el actor, D. Eulalio ejercita contra la entidad Bankia S.A. una acción principal de nulidad de contrato de depósito o administración de valores y suscripción de PARTICIPACIONES PREFERENTES por causa de error en el consentimiento, y subsidiariamente la de resolución del contrato de depósito o administración de valores y suscripción de PARTICIPACIONES PREFERENTES, en ambos casos con restitución del nominal depositado de 40.000 euros menos los intereses percibidos por importe de 7.414,75 euros.

La demandada se opuso alegando la falta de litisconsorcio pasivo necesario por falta de llamada al proceso de Caja Madrid Finance Preferred S.A., y por ello excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda (excepciones rechazadas por la juez en el acto de la audiencia previa), oponiéndose asimismo en cuanto al fondo negando incumplimiento alguno en su actuación contractual, no existiendo asesoramiento por parte de Caja de Madrid, habiéndose cumplido con el deber de información haciéndose el test de conveniencia con el resultado de ser el producto conveniente para el actor.

Por auto de 29 de abril de 2013 la juez rechazó la intervención solicitada por la entidad Caja Madrid Finance Preferred S.A., desestimándose el recurso interpuesto contra esta resolución por auto de 29 de julio de 2013.

La juez de instancia dicta sentencia en la que estima la demanda declarando la nulidad interesada, con descuento de los cupones recibidos por la actora, e imponiendo a la demandada las costas causadas, argumentando la juez sobre el asesoramiento prestado por la entidad bancaria, y el incumplimiento de sus deberes en relación con la complejidad del producto y perfil inversor del demandante.

Recorre la demandada dicha resolución, alegando en esencia, sea ello expuesto en forma necesariamente resumida a los solos fines de abordar sus motivos, en primer lugar la indebida e injustificada desestimación de la excepción de falta del debido litisconsorcio pasivo necesario respecto de Caja Madrid Finance Preferred S.A., como entidad emisora de las participaciones preferentes objeto del presente litigio; en segundo lugar se alega la infracción de los artículos 326 y 316 LEC e interrogatorio de la parte con errónea apreciación del vicio del consentimiento alegado, argumentándose sobre lo expresado por la sentencia en relación con los documentos firmados por el actor que justificarían la adecuada información que recibió en relación con el producto y sus riesgos, no dándose los requisitos del error; en tercer lugar se alude a la indebida calificación de la relación jurídica entre las partes como de "asesoramiento".



La parte actora se opone al recurso rechazando cada uno de sus argumentos e interesando la íntegra confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos.

SEGUNDO .- Se reitera en el recurso como primer motivo del mismo la falta del debido litisconsorcio al no haberse demandado a la entidad CAJA MADRID FINANCE PREFERRED S.A, por lo que esta cuestión es la que ha de ser abordada en primer lugar.

Como quiera que esta sección ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre tal cuestión en un supuesto de claras coincidencias fácticas, es útil expresar el contenido de nuestra anterior resolución recaída en el rollo 457-13; señalábamos en dicha resolución sintetizando el problema:

" La demanda se dirige contra BANKIA S.A. (como sucesora de Caja Madrid) por la incorrecta y defectuosa comercialización de las participaciones preferentes.

La demanda no se dirige contra la "emisora" de las participaciones, que fue CAJA MADRID FINANCE PREFERRED S.A. Ésta no era más que una sociedad instrumental para captar fondos cuyo destino era CAJA MADRID, quien en definitiva sería quien tenía que satisfacer las remuneraciones de las preferentes. Caja Madrid Finance Preferred S.A., filial de Caja Madrid, se constituyó el 14 de septiembre de 2004, y su objeto social consiste en la emisión de participaciones preferentes.

En definitiva, el ITINERARIO seguido para la comercialización de las preferentes se puede sintetizar de la siguiente forma:

Caja Madrid Finance Preferred emite participaciones preferentes, que son colocadas a los clientes de Caja Madrid por su potente red comercial.

Los fondos obtenidos por Caja Madrid Preferred se invierten en la matriz Caja Madrid, instrumentados a través de depósitos subordinados cuyos intereses (ligeramente superiores a los de las participaciones preferentes), se liquidan en las mismas fechas en las que se liquidan los intereses de las emisiones de participaciones preferentes.

Con los intereses de los depósitos subordinados de Caja Madrid se remunerar las participaciones preferentes emitidas por Caja Madrid Finance Preferred S.A.

Caja Madrid Finance Preferred y Caja Madrid tiene el mismo domicilio social, sito en el nº 189 del Paseo de la Castellana, de Madrid.

Caja Madrid ostentaba el 100% del capital social de Caja Madrid Finance Preferred (el 99,9% directamente y el 0,1% indirectamente a través de Corporación Financiera Caja de Madrid, S.A.), es decir, la voluntad social de Caja Madrid Finance Preferred es nula, siendo sus intereses los mismos que los del grupo en que se integra.

Sobre el litisconsorcio pasivo necesario respecto de CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, S.A.

La excepción que ahora intenta invocar la demandada apelante ofrece pocos visos de prosperabilidad desde el momento en que ella misma, en su relación con los demandantes, han estado actuando como la verdadera responsable de la contratación que aquellos llevaron a cabo de las participaciones preferentes.....De ahí que no deje de resultar, como menos, extraño que ahora BANKIA pretenda exigir al cliente que extienda la demanda a otra persona jurídica distinta -CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, S.A.- con la que no contrató, pues tanto en el test de conveniencia (doc., nº 4 de la contestación), como la declaración (doc., nº 5) del cliente, como la en el resguardo de la operación de suscripción de valores (doc.nº 7), suscritos por el demandante sólo aparece el anagrama de Caja Madrid. Y solo en el doc. nº 6 (que es un resumen de la emisión) aparece por primera vez sobre el anagrama de CAJA MADRID (Oso incluido) la referencia a CAJA MADRID FIFNACE PREFERRED S.A., sin explicación del porqué de esa inclusión.

El principio de relatividad de los contratos (art. 1.257 CC) obliga a reclamar o defender los derechos y obligaciones derivados de los contratos frente a aquellas personas o entidades que han sido parte en dichos contratos. Si los demandantes contrataron con CAJA MADRID y ahora BANKIA es la sucesora de Caja Madrid, es lógico que la demanda -en la que se ejercita una acción contractual de anulación de contrato- vaya dirigida contra BANKIA, y no exista razón alguna por la que los demandantes estén obligados a demandar a una tercera entidad -que tal vez ni conozcan, en nombre ni en finalidad- y con la que no contrataron. Y será responsabilidad de BANKIA el procurar que la sentencia que en su caso pueda favorecer a los clientes (por declarar la nulidad y ordenar la restitución recíproca de prestaciones) sea cumplida, acudiendo si es necesario a las entidades que a partir de la matriz hayan podido surgir y formar grupo. No en vano ella misma se proclama como "garante" en el Folleto por virtud del cual pretende desplazar la responsabilidad sobre esa tercera entidad.

Debe, pues, considerarse acertado que la juzgadora de instancia no acogiese la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. Y el motivo de recurso debe ser desestimado."



Consideraciones estas que son perfectamente aplicables al supuesto que ahora nos ocupa, lo que conduce a estimar bien denegada la excepción litisconsorcial esgrimida.

TERCERO .- El resto de los motivos del recurso atacan el fondo de la cuestión debatida desde la consideración de haber valorado la juzgadora con error la prueba practicada, ya al considerar la existencia de asesoramiento por parte de la entidad en la contratación del producto financiero, con la consiguiente obligación incumplida de realizar el test de idoneidad, ya en cuanto a las circunstancias tenidas en cuenta para considerar acreditado el vicio en el consentimiento del demandante y su incidencia en la contratación.

De nuevo en la reciente sentencia de la Sala antes indicada se ofrecen razonamientos que son al caso por la similitud de los supuestos enjuiciados y de los argumentos del recurso.

Decíamos allí:

"Sobre la valoración de la prueba respecto de la existencia o no de contrato de asesoramiento.

En el segundo motivo de recurso da la impresión de que la apelante considera como razón fundamental de la estimación de la demanda de nulidad el hecho de que la juzgadora de instancia haya apreciado que en la relación entre BANKIA y los demandantes ha existido una relación jurídica de asesoramiento que aquella desarrolló de forma incorrecta. Y se pregunta la apelante que si la adquisición de las preferentes vino dada por la prestación de un servicio de asesoramiento ¿ dónde está la documentación acreditativa de tal servicio), porque un contrato de asesoramiento no se presume. Y entra en un análisis de los preceptos que regulan el servicio de asesoramiento en la Ley del Mercado de Valores.

Sostiene la apelante que los servicios prestados por Caja Madrid fueron los de recepción, transmisión y ejecución de órdenes, habiéndose procedido a una comercialización del producto por parte del empleado de Caja Madrid. Y que yerra la juzgadora al poner en relación la concreta información recibida por el cliente con el asesoramiento y al asimilar el test de conveniencia realizado con el de idoneidad, que únicamente es exigido cuando se presta el servicio de asesoramiento de conformidad con el RD 217/2008.

Frente a ese planteamiento tan formalista y juricista de la parte apelante cabe decir que en la sentencia lo que se hace es reflejar la realidad de lo que pasó entre cliente y banco. Y es precisamente en base a la declaración del propio empleado de la entidad bancaria como la juzgadora de instancia llega a la apreciación de que en realidad hubo algo más que un intento de mera información.

"El mismo testigo Sr. Mantas reconocer haber proporcionado solo información verbal y escrita limitada, asumiendo esa labor de información, constituyendo realmente un asesoramiento, más allá del simple intermediario y ejecutor de órdenes de un inversor profesional. De hecho se actúa como un "gestor personal", a criterio del Banco, escogiendo una inversión para el cliente, comprobando su conveniencia y dándole parte de información, de modo que cabe concluir que actuó realmente como asesor".

Antes de entrar a calificar -según derecho- la actuación de los contratantes es preciso discernir y desgranar los comportamientos respectivos en el concreto ámbito social en que se desarrollan. No es difícil imaginar la situación concreta del cliente sencillo (en el presente caso ninguno de los demandantes tenía estudios superiores ni cualificación alguna en relación con los temas económicos y financieros) que acude a "su" banco, es decir, a la entidad bancaria con la que ha venido operando toda su vida, con el propósito de que le ayuden a encauzar la inversión de sus trabajados ahorros que le garanticen, al menos, un mantenimiento de su valor (garantizar el capital) y a ser posible una ligera rentabilidad. Antes se solventaba todo con el mecanismo de la libreta de ahorro a plazo fijo. Ahora los mecanismos de depósito y ahorro de los bancos se han transmutado y ofrecen perfiles menos conocidos por los clientes, sobre todo los de mayor edad. En esa situación, es lógico suponer que los clientes -al menos el sector más longevo de los mismos- queden en manos de los empleados de la Banca que son los que ofrecen ("comercializan") lo que ahora se denomina "producto" (cuando en realidad son verdaderos contratos, que originan derechos y obligaciones para ambas partes). Pues no cabe en cabeza humana creer que con dos explicaciones de veinte minutos y con la firma de dos documentos de letra pequeña y difícil intelección pueda un ciudadano medio comprender lo que es una "participación preferente" (o un "swap", o un "clip", o un "derivado", etc.). Incluso en el presente caso hasta el propio calificativo de "preferente", aplicado a la acción o participación, puede dar a entender al cliente que está contratando algo más ventajoso de lo ordinario. Es lógica, entonces, la conclusión fáctica de la juzgadora de instancia de que aquí se estaba dando un verdadero asesoramiento (incluso una proposición) para que el cliente optara por los productos que el Banco, a través de sus empleados, estaba comercializando en ese momento. Y en esa situación, de total pasividad (cuando no perplejidad) del cliente, se desmorona cualquier tesis que sostenga que se ha cumplido con la debida información o se ha excluido un "plus" de esta porque no se estaba en presencia de un estricto asesoramiento. La realidad está reflejada en ese breve encuentro entre cliente y empleado. Y a esa realidad debe atenderse la consideración jurídica que luego ha de efectuarse para aquilatar las consecuencias que de aquella se derivan



para unos y otros contratantes. La normativa recogida en la Ley del Mercado de Valores, o la normativa MIFID, no puede ser esgrimida como arma de defensa contra los clientes cuando la realidad demuestra que no se han dado ni los niveles mínimos de información a la hora de contratar un producto complejo como el que ahora estamos enjuiciando. Es moverse en un mundo irreal intentar apoyar el cumplimiento de la obligación de información en la mera circunstancia de haber entregado al cliente (y haber firmado éste) el Folleto informativo sobre el producto, cuando en ese mismo folleto hay referencias a realidades (como las agencias de rating, las sociedades participadas, los factores de riesgo...etc) que solo los entendidos en la materia o los muy informados, pueden alcanzar a comprender en parte. Y lo que ya roza casi lo exasperante es que en el recurso se afirme que "no existe norma legal alguna que impida que se lleve a cabo la firma de toda la documentación el mismo día de la compra de las preferentes", cuando estamos viendo las enormes dificultades de comprensión objetiva que dicha documentación incorpora, sin mencionar el suelo de arenas movedizas sobre el que se asentaba la información sobre la situación económica de Caja Madrid en aquellos momentos (y que después ha quedado al descubierto).

No ha habido, pues, error alguna en la sentencia en relación con el comportamiento de la entidad bancaria, a través de sus empleados, a la hora de dar información y aconsejar a los clientes sobre la adquisición de las acciones preferentes que son aquí objeto de enjuiciamiento."

El Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sentencia del Pleno, de 20/01/2014 aborda esta cuestión en los siguientes términos en un supuesto de contratación de un producto financiero:

"En lo que ahora interesa, que es determinar el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos financieros complejos, como es el swap , al tiempo en que se llevó la contratación objeto de enjuiciamiento (13 de junio de 2008), "las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes" del art. 19 Directiva 2004/39/CE ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV). También había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

.....Información sobre los instrumentos financieros . El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que " deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias " (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero , regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe " proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional". Y aclara que esta descripción debe " incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas".

En su apartado 2, concreta que " en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

- a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.
- b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.
- d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento".

.....Evaluación de la conveniencia y de la idoneidad. Además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.



La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art. 79bis. 7 LMV (arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero , se trata de cerciorarse de que el cliente " tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado".

Esta " información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

- a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente.
- b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado.
- c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes " (art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero).

Contrariamente a lo que entiende el recurrente, estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79bis. 6 LMV (art. 19.4 Directiva 2004/39/CE). El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero , las entidades financieras " deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

- a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.
- b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).
- c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).

.....Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE .

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como " la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que " se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55).



.....Incumplimiento de los test adecuación e idoneidad. Sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación.

En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia. En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad.

En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

..... La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo."

Desde luego la juez de instancia motiva detalladamente el sentido de su decisión y concluye que existió en el supuesto una verdadera labor de asesoramiento, valorando la testifical de quien comercializó el producto en la oficina de la entidad demandada dentro de una campaña masiva e irregular, dirigida a clientes claramente minoristas como resulta ser el demandante, lo que en realidad no se discute, como tampoco puede discutirse su perfil conservador tan alejado de la conveniencia de un producto como el ofrecido.

La reseña de la anterior sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, Sala 1ª, justifica la consideración hecha por la juez que incluye este tipo de contratación dentro del asesoramiento, lo que sitúa el incumplimiento de sus obligaciones por la entidad bancaria en unos términos claros y bien expresados por la juez en su sentencia.

Si compartimos por tanto que una contratación como la llevada a cabo ha de incluirse en la consideración de asesoramiento, tampoco estimamos que haya existido error alguno en la juzgadora de instancia al valorar la prueba en relación con el vicio del consentimiento de la contratante demandante, no habiéndose tenido en cuenta para ello únicamente el interrogatorio del actor sino toda la documentación aportada que no obstante no es bastante por su mera literalidad de demostrar el cumplimiento de un debido asesoramiento, desconociéndose palmariamente los intereses del actor y no haciéndose por ello test de idoneidad que la demandada erróneamente reputaba innecesario, ni de una adecuada información precontractual.

Como ya dejamos dicho en otro pronunciamiento anterior que tenía por objeto también la comercialización de acciones preferentes por parte de otra entidad bancaria "para captar la naturaleza y características de las acciones preferentes basta echar un vistazo al acervo doctrinal que las mismas han originado. De modo sintético se puede decir que la doctrina ha resaltado como facetas principales de las acciones preferentes las siguientes:

1. No otorga a sus titulares derechos políticos o derecho de voto.
2. No otorgan derecho de suscripción preferente respecto de futuras emisiones.
3. La propia denominación no expresa su esencia, es confusa, y, como tal, no es casual, por cuanto que otra expresión podría haber alertado a los inversores.
4. No son depósitos ni están cubiertos por el fondo de garantía de depósitos.
5. Su plazo es ilimitado, tienen carácter perpetuo, normalmente el emisor se reserva el derecho a amortizarlas.
6. Sirven para incrementar los recursos propios básicos a un coste, en general, muy por debajo del ROE ("return on Equity", beneficio después de impuestos/fondos propios).

O como ha sintetizado algún autor: "Lo que en realidad se está haciendo no es más que financiar a esa entidad "comprando un título de discutible rentabilidad, escasísima liquidez y mucho riesgo, sin disfrutar de



los derechos sociales que otorga la Ley al tenedor de acciones de una empresa con forma societaria. Es decir, se convierte en un accionista de segunda y acaba siendo el banco de su propio banco",

Lo ha dicho también la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores:

"Las participaciones preferentes (PPR) son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido".

La doctrina ha venido sosteniendo que el error consiste en una representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que de otra forma no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones. En muchas sentencias, que pueden resumirse en la de 11 diciembre 2006, se ha exigido que para que el error pueda invalidar el consentimiento, con el efecto de que produzca la anulación del contrato en el que concurre, "[...]es preciso, además, que el error no sea imputable al interesado, en el sentido de causado por él -o personas de su círculo jurídico-, [...], y que sea excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular, requisito éste que no consta expresamente en el Código civil, pero lo viene exigiendo la jurisprudencia como un elemental postulado de buena fe[...]".

Habla el Tribunal Supremo de "representación equivocada de la realidad", de que "el error no sea imputable al interesado", o que "sea excusable" en el sentido de no haber sido evitado a pesar de emplear una diligencia media o regular.

En el presente caso, la representación equivocada es evidente, porque mientras el cliente pretende contratar un producto de inversión con garantía de conservación del capital invertido, lo que al final le hace firmar el Banco es un producto complejo de alto riesgo con posibilidad de pérdida de lo invertido. Por otro lado, esa visión distorsionada no es imputable al cliente, que no tiene ante sí otra cosa que al Banco que le lleva sus negocios (créditos, cuentas, valores...) ni más información cualificada las conversaciones (presenciales, informáticas o telefónicas) con los empleados de la entidad.

Como antes se ha dejado ya apuntado, el contrato tiene como uno de sus pilares fundamentales la autonomía de la voluntad de las partes, autonomía que se puede ver amenazada cuando esa voluntad queda minada por agentes externos que la alteran o la hacen prácticamente inexistente. El ser humano se mueve por la voluntad guiada por el intelecto. El consentimiento es la expresión de la concurrencia de ese doble factor. Si el conocimiento es imperfecto o erróneo, la voluntad se desvía de su objeto y puede acoger, externamente, lo que realmente no deseaba. En una contratación en que la información que se ofrece a la otra parte es incompleta o confusa, se puede producir en el otro una representación de la realidad que no coincide con lo que realmente es objeto de contratación.

Y entra aquí en juego la responsabilidad precontractual de diligencia, lealtad e información que Caja Madrid (Bankia) tenía que ejercitar con sus clientes a la hora de inducirles a suscribir la adquisición de estas acciones preferentes. Responsabilidad de actuación que ya estaba prevista, antes de la normativa MIFID, en la Ley del Mercado de Valores (art. 78 y 79), en el Reglamento de Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios, aprobado por Real Decreto 629/ 1993 de 3 de mayo (derogado por el actualmente en vigor RD 217/ 2008), y en la Orden Ministerial de 3 de mayo de 1993 sobre Normas de Actuación en Mercados de Valores y Registros Obligatorios.

Como ya se ha destacado en otros pronunciamientos judiciales: "La Ley de Mercado de Valores, en su redacción vigente en la fecha en que se realizaron las emisiones en discusión, establecía en su art. 79 las normas de conducta: diligencia y transparencia; deber de evitar los conflictos de interés y, en caso de conflicto de interés, posponer el propio; gestión ordenada y prudente, cuidando los intereses del cliente como propios; asegurarse de que dispone de toda la información sobre sus clientes y procurar que éstos estén siempre adecuadamente informados; garantizar la igualdad de trato entre clientes, entre otros deberes. El Reglamento desarrollaba estas normas de conducta: En primer lugar, las sociedades o agencias de valores estaban obligadas a desarrollar un Reglamento interno de conducta cuya finalidad principal era garantizar la transparencia y estabilidad de los mercados financieros, regulando las operaciones que realizan los administradores o empleados de dichas sociedades.

En segundo lugar, se señalaba que las órdenes de compra de valores debían ser claras y precisas de forma que pudieran ser conocidas y asumidas por ordenante y receptor (art. 4). Se establecía además un Registro Obligatorio de Órdenes. Luego, se regulaba la posibilidad de que fuera obligatorio expedir y entregar un documento de contrato- tipo y que sería el Ministerio de Economía el que señalase cuándo sería obligatorio,



contratos cuyo contenido estaba sometido al control de la CNMV o del Banco de España, en su caso. La entrega del contrato tipo, sería obligatoria en los casos señalados en el art. 15 del Reglamento.

Finalmente, el art. 4 del Código de conducta regulado en su anexo establecía claramente la obligación de la entidad financiera de obtener toda la información sobre su cliente: su identidad, su solvencia, su experiencia inversora y sus objetivos de inversión; a su vez, en una forma de intercambio o reflejo de información, la entidad o agencia debía ofrecer a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos y, además, "ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos" (art. 5). En el art. 6 se regulaba claramente la existencia de conflictos de interés". Que la información ofrecida a los clientes en estos casos no ha sido siempre la necesaria, adecuada o suficiente, lo ha constatado incluso la Comisión de Seguimiento de Instrumentos Híbridos de Capital y Deuda Subordinada (Real Decreto Ley 6/2013, de 22 de marzo) que en el informe enviado al Congreso de los Diputados, en fecha 21 de mayo de 2013, afirmaba:

"La eventual discrepancia entre la información contractual y la verbal debe analizarse en el contexto en que se produce la comercialización de estos activos, a través de la red de sucursales de crédito, con presencia física y transmisión verbal de información por parte de los empleados del comercializador (que en la mayoría de los casos es también el emisor), quienes, además, suelen tener incentivos económicos ligados a la venta de los activos".

En el presente caso ha quedado probado que lo que intentaba el cliente era ante todo invertir en productos rentables pero seguros. No buscaba un producto de inversión arriesgada. Y si firmó las preferentes fue en atención a la información que le ofrecía la entidad bancaria. Pero luego resultó que el producto era mucho más complejo y terminó produciendo unos efectos nocivos (exagerada pérdida del capital) que no sólo no habían sido deseados, como si hubieran sido previstos, sino que no podían ni siquiera ser imaginados por a cliente a la que no se hizo siquiera el test de conveniencia, renunciando indebidamente el Banco a conocer el perfil inversor de la actora y mucho más la conveniencia del producto para la misma.

Debe llevar todo ello a considerar correcta la valoración que de la prueba ha hecho la juez de instancia cuyas conclusiones se comparten íntegramente, por lo que debe desestimarse el recurso interpuesto.

CUARTO .- La desestimación del recurso lleva consigo la imposición de las costas procesales de la segunda instancia a la parte apelante, según establece el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos, además de los citados, los artículos de general y pertinente aplicación.

III.- F A L L A M O S

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por BANKIA S.A., frente a D. Eulalio , contra la sentencia de fecha siete de febrero de dos mil catorce , dictada por la Ilma. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Leganés, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la referida resolución, con imposición de las costas procesales de la segunda instancia a la parte apelante.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2578-0000-00-0276-14, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe