



Roj: **SAP PO 333/2015 - ECLI:ES:APPO:2015:333**

Id Cendoj: **36057370062015100071**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **6**

Fecha: **02/03/2015**

Nº de Recurso: **749/2013**

Nº de Resolución: **84/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JAIME CARRERA IBARZABAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6**

**PONTEVEDRA**

**SENTENCIA: 00084/2015**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 de PONTEVEDRA**

N31730

C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - VIGO

Tfno.: 986817388-986817389 Fax: 986817387

N.I.G. 36057 42 1 2013 0001918

**ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000749 /2013**

**Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 13 de VIGO

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000111 /2013

Apelante: CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID, CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, SA.

Procurador: ANDRES GALLEGO MARTIN-ESPERANZA, ANDRES GALLEGO MARTIN-ESPERANZA

Abogado: , FLORA MOURE IGLESIAS

Apelado: Marí Juana

Procurador: ROSARIO DIAZ MOURE

Abogado: RODRIGO MARIO RODRIGUEZ LATORRE

**LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO**, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados D. Jaime Carrera Ibarzabal, Presidente; D<sup>a</sup>. Magdalena Fernández Soto y D. Eugenio Francisco Miguez Tabarés, han pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

La siguiente

**SENTENCIA núm. 84/15**

En Vigo, a dos de marzo de dos mil quince.

Vistos en grado de apelación ante esta Sección 6<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede Vigo, los autos de procedimiento ordinario número 111/13, procedentes del Jdo. de Primera Instancia núm. 13 de Vigo, a los que ha correspondido el núm. de Rollo de apelación **749/13**, en los que es parte **apelante** - BANKIA S.A. Y CAJA MADRID FINANCE PREFERRED S.A., representados por el Procurador D. Andrés Gallego Martín-



Esperanza y asistidos del letrado D<sup>a</sup>. Flora Moure Iglesias; y, **apelada** - D<sup>a</sup>. Marí Juana , representada por el procurador D<sup>a</sup>. Rosario Díaz Moure y asistida del letrado D. Rodrigo Rodríguez Latorre.

Ha sido Ponente el Il<sup>l</sup>mo. Magistrado D. Jaime Carrera Ibarzabal, quien expresa el parecer de la Sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- Por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia núm. 13 de Vigo, con fecha 23 de octubre de 2013, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Se estima la demanda presentada por la Procuradora Dña Rosario Diaz Moure en nombre y representación de Dña Marí Juana contra la entidad BANKIA y la entidad CAJA MADRID FINANCE PREFERRED S.A representada por el Procurador D. Andres Gallego Martin Esperanza.

Se declara la nulidad del contrato de adquisición de participaciones preferentes de fecha 10/08/09 condenando a la demandada a abonar a la actora el importe de 84440,66 euros más los intereses devengados desde la fecha de la presentación de la demanda y los previstos en el artículo 576 de la LEC desde la fecha de la presente resolución y hasta su completo pago.

Se imponen las costas a la parte demandada.

Líbrese la correspondiente certificación literal de esta resolución, que quedará unida al procedimiento, llevándose el original al Libro de su razón."

**SEGUNDO.**- Contra dicha Sentencia, por la representación procesal de BANKIA S.A. y CAJA MADRID FINANCE PREFERRED S.A. se interpuso recurso de apelación que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Una vez cumplimentados los trámites legales, se elevaron las actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, para su resolución, dando lugar a la formación del correspondiente rollo, señalándose para la deliberación del recurso el día 26 de febrero de 2015.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El primero de los motivos impugnatorios del recurso (aunque se designe como ordinal "segundo" en el escrito de interposición), interpuesto por las entidades "Bankia S. A." y "Caja Madrid Finance Transferred S. A." resulta del tenor literal siguiente: "*Inadecuada aplicación de la carga probatoria y de la existencia, tanto en materia de vicio o error en el consentimiento, como en materia de información a facilitar al inversor minorista*" (sic).

Al igual que en recursos anteriores y con respecto a la inexistencia de error esencial e inexcusable, el elemento de controversia que se introduce se circunscribe a determinar si la demandante fue o no adecuadamente informada del contenido del contrato con carácter previo a su suscripción y, en su caso, si dicha falta de información debería determinar la nulidad del contrato. Y es que como precisa la sentencia del Tribunal Supremo de 8 septiembre 2013 : "Desde el momento en que el legislador ha previsto la existencia de las participaciones preferentes, como parte de los recursos propios de una entidad de crédito, siempre y cuando cumplan una serie de características, aunque el emisor fuera un banco extranjero, resulta muy difícil calificar la comercialización de participaciones preferentes como nula de pleno derecho por ser contraria al orden público. Cuestión distinta es que por la forma en que fueron comercializadas se hubiera podido cometer algún abuso que, a los efectos de la validez del negocio, pudiera haber propiciado su contratación bajo un vicio del consentimiento, como el error". El planteamiento de tal cuestión hace conveniente la aportación de unas precisiones previas.

1. Respecto de su naturaleza y características, las participaciones preferentes vienen reguladas en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, que en su art. 7 señala que los recursos propios de las entidades de crédito y grupos consolidables de entidades de crédito comprenden, entre otros, las participaciones preferentes.

La Disposición Adicional Segunda de dicha Ley , enumera los requisitos que deberán cumplir las participaciones preferentes, entre los que destacan:

- Fijar la remuneración que tendrán derecho a percibir los tenedores de las participaciones preferentes.
- No otorgar a sus titulares derechos políticos, salvo en los supuestos excepcionales que se establezcan en las respectivas condiciones de emisión.



- No otorgar derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones.
- Tener carácter perpetuo, aunque el emisor podrá acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España.
- Cotizar en mercados secundarios organizados.
- En los supuestos de liquidación o disolución de la entidad de crédito emisora o de la dominante, las participaciones preferentes darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha y se situarán, a efectos del orden de prelación de créditos, inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante.

De acuerdo con ello, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 septiembre 2014 señala: "Las participaciones preferentes son valores atípicos de carácter perpetuo, que contablemente forman parte de los recursos propios de la sociedad que los emite, pero no otorgan derechos políticos al inversor y sí una retribución fija, condicionada a la obtención de beneficios. Esta remuneración se asemeja, de un lado, a la renta fija porque está predeterminada y no es cumulativa, y de otro a la renta variable en la medida en que depende de la obtención de suficientes beneficios. El reseñado carácter perpetuo no impide que la entidad emisora se pueda reservar el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor. De este modo, las participaciones preferentes, que cuando son emitidas por sociedades extranjeras, como es nuestro caso, suelen denominarse "acciones preferentes", vienen a ser un "híbrido financiero", pues combinan caracteres propios del capital y otros de la deuda. En el momento en que se cursaron las órdenes de compra de acciones preferentes cuya nulidad es postulada por las demandantes, en los años 2006 y 2007, se hallaban reguladas en el art. 7 y la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los instrumentos financieros, El art. 7.1 de la reseñada Ley 13/1985 incluye entre la enumeración de los recursos propios de las entidades de crédito y de los grupos consolidados de entidades de crédito, "las participaciones preferentes". Y la disposición adicional segunda de esta misma Ley regula los requisitos que deben cumplir las participaciones preferentes para que se las pueda considerar recursos propios. Entre ellos destaca, por una parte los que se refieren a quién las puede emitir y bajo qué condiciones (fijarán la remuneración que tendrán derecho a percibir los tenedores de las participaciones, aunque el pago estará condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles); en el momento de emisión su importe nominal en circulación no puede ser superior al 30% de los recursos propios; la oferta pública de venta debe contar con un tramo dirigido exclusivamente a clientes profesionales de al menos el 50% del total de la emisión. Otros de los requisitos, junto con el reseñado del derecho a percibir una remuneración fija condicionada a la obtención de beneficios, hacen referencia directamente al producto, y lo configuran: no otorgan a su tenedor derechos políticos ni derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones; tienen carácter perpetuo, aunque el emisor podrá acordar la amortización anticipada a partir del quinto año de la fecha de sus desembolso, previa autorización del Banco de España; deben cotizar en mercados secundarios organizados; en caso de liquidación o disolución de la entidad emisora, tan sólo darán derecho a la devolución del valor nominal junto con la remuneración devengada y pendiente de ser pagada. En atención a lo que es objeto del presente recurso, debemos destacar que la participación preferente no atribuye derecho a la restitución del valor nominal, por lo que puede hablarse de un valor potencialmente perpetuo o sin vencimiento, ya que su regulación dispone de forma imperativa que el dinero captado por la entidad emisora debe estar invertido en su totalidad y permanentemente en la entidad o en su dominante, de manera que quede directamente afecto a los riesgos y la situación financiera de la entidad. Propiamente, la participación preferente no atribuye un derecho de crédito contra la entidad emisora para la restitución del valor nominal invertido. De tal forma que la liquidez de la participación preferente sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que cotiza".

2. Ciertamente se trata de negocios jurídicos que vienen calificados por su complejidad, carácter que se ve normativamente refrendado por lo establecido en el art. 79 bis 8. a) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores, reformada por la Ley 47/2007 de incorporación de la Directiva 2004/39/CE, en el que se cataloga a los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del art. 2 (entre los que se encuentran las participaciones preferentes) como productos complejos por contraposición con los productos no complejos. Esta complejidad contractual se ve avalada por lo dispuesto en el actual art. 79 bis i f) de la Ley del Mercado de Valores, tras la reforma operada por la Ley 47/2007 para incorporar la Directiva 2004/39/CE [MIFID]), donde se califica a los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del art. 2 de la Ley de Mercado de Valores como "productos complejos" en contraposición a los productos no complejos (ejemplo, acciones y obligaciones que no incorporen derivados). De manera que la complejidad la afirman las propias previsiones legales.



3. La actora, a los efectos prevenidos en el art. 78 bis de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, debe calificarse como cliente minorista, en la medida en que, ni se ha acreditado que se encuentre entre aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, ni tampoco queda incluida en las diversas categorías a las que el precepto atribuye la condición de clientes profesionales (entidades financieras, Estados y administraciones regionales, empresarios que individualmente reúnan las condiciones prevenidas en el mismo precepto o inversores institucionales) y sin que asimismo se trate de cliente que hubiere solicitado con carácter previo la condición de profesional o hubiere renunciado a su tratamiento de cliente minorista. Y en el propio documento de "información de las condiciones de prestación de servicios de inversión", que redacta la "Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid", se expone respecto a la actora " *En aplicación de la formativa MIFID, Caja Madrid ha procedido a la clasificación de sus clientes y conforme a la misma ha quedado Vd. incluido en la categoría de cliente minorista, otorgándole de este modo el nivel de protección máximo* ".

4. *Citando la sentencia del Tribunal Supremo de 20 junio 2014* : " Como afirma la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S. L. (C-604/2011), "la 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 de la 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 de la 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)".

*Segundo*.- La sentencia del Tribunal Supremo de 7 julio 2014, señala "Esta Sala ya se ha pronunciado sobre las cuestiones que se suscitan en el presente recurso en la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 20 enero 2014, dictada en un proceso sobre nulidad de un contrato de swap por error vicio en el consentimiento, en lo esencial idéntico al presente; en ella se examinó el contenido de los deberes de información de la entidad financiera cuando comercializa con clientes minoristas un producto complejo como es el swap y la incidencia del incumplimiento de esos deberes de información para la apreciación de error vicio del consentimiento determinante de la nulidad del contrato. Hecha la anterior precisión se procede a examinar las dos cuestiones planteadas en el motivo, relativas a la delimitación de los test de evaluación y a la incidencia de la falta de información en la apreciación de error vicio del consentimiento.

Según se declaró en la sentencia de 20 enero 2014, la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la sentencia, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, en la que - aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID - se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión. Ahora esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa y la incidencia de su incumplimiento en la apreciación de error vicio del consentimiento.

Conforme a esta línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, **antes de la perfección del contrato**, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el art. 7 del Código Civil, y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales



instrumentos o estrategias ( art. 79 bis Ley de Mercado de Valores, apartados 2 y 3 y art. 64 del Real Decreto 217/2008 ).

Para articular adecuadamente ese deber legal que se impone a la entidad financiera con la necesidad que el cliente minorista tiene de ser informado (conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados) y salvar así el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses que se da en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, en la prestación de asesoramiento financiero para su contratación, como son la realización del test de conveniencia - cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada, dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar - y el test de idoneidad, cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero, dirigido, además de a verificar la anterior evaluación, a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto.

Para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera - lo que determinará la necesidad o no de hacer el test de idoneidad - no ha de estarse tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que este es ofrecido al cliente, valoración que debe realizarse con los criterios establecidos en el artículo 52 de la Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4. 4 de la Directiva MiFID , según la doctrina fijada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C- 604/2011 ), conforme a la cual 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". Además, en la sentencia de 20 enero 2014 esta Sala se refirió a la diferente función de ambas evaluaciones, distinguiendo la finalidad del test de conveniencia - que va dirigido a la valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con el objetivo de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa, en los términos que establece el art. 73 del Real Decreto 217/2008 - de la finalidad del test de idoneidad - que procede, como se ha dicho, cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada - en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, según especifica el art. 72 del Real Decreto 217/2008 .

A partir de las anteriores consideraciones relativas al deber de información de la entidad financiera al cliente minorista en la contratación de productos complejos, en la sentencia de 20 enero 2014 , se fijó, tras analizarse en ella la reiterada doctrina de esta Sala sobre los requisitos del error vicio de consentimiento, la doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento de ese deber en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero, doctrina que se reitera en la presente sentencia y que puede resumirse en los siguientes puntos:

- a) El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.
- b) El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto.
- c) La información - que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros ( art. 79 bis 3 Ley de Mercado de Valores ) - es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.
- d) El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.



e) En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa 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, permite 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".

Por su lado la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 20 enero 2014, en orden al incumplimiento de los test de adecuación e idoneidad, precisa: "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".

Tercero.- La cuestión suscitada se polariza, como se dijo, en torno a la información precontractual o previa a la perfección del contrato. Y, al respecto, en el caso presente debe partirse de las siguientes consideraciones:

a) La "orden de compra de valores" suscrita por la actora D.<sup>a</sup> Marí Juana y la entidad "Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid" en fecha 10 de agosto de 2009, tenía por objeto la adquisición de 1000 participaciones preferentes "Caja Madrid 2009", por un valor nominal de 100.000 euros. Tales participaciones, como se deja dicho, deben calificarse como un producto complejo, en cuanto se incluyen en la categoría de "instrumentos financieros derivados" y por ello se califican en la Ley de Mercado de Valores ( arts. 2. 2 y 79 bis, apartado 8), en coherencia con la Directiva 2004/39, como "productos complejos" por contraposición a los "no complejos" ( sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 ).

b) En atención a la fecha de celebración del contrato (10 de agosto de 2009), resulta de aplicación la doctrina normativa de la Ley del Mercado de Valores, tras la reforma operada por la Ley 47/2007 para incorporar la Directiva 2004/39/CE [MIFID],

c) La actora, como también queda expuesto, a los efectos prevenidos en el art. 78 bis de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, debe calificarse como cliente minorista y, en efecto, en el propio documento de "información de las condiciones de prestación de servicios de inversión", que redacta la propia "Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid", se expone respecto a la actora " *En aplicación de la formativa MIFID, Caja Madrid ha procedido a la clasificación de sus clientes y conforme a la misma ha quedado Vd. incluido en la categoría de cliente minorista, otorgándole de este modo el nivel de protección máximo* ".

d) La entidad "Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid" actuó prestando un servicio de asesoramiento financiero, con arreglo a lo dispuesto en el art. 4. 4 de la Directiva 2004/39/CE y 52 de la Directiva 2006/73/CE y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013, en la medida en que se trata de un producto que fue recomendado y ofrecido por un comercial de la propia entidad de crédito y de forma personalizada al cliente. Justamente la empleada de la entidad de crédito que comercializó el producto, la Sra. María Purificación, reconoce, en su declaración testifical, que llamó a la hoy actora a su casa y cuando esta se presentó en la oficina le ofreció y recomendó las participaciones preferentes.

e) La entidad "Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid" no efectuó la evaluación de conveniencia, ni el test de idoneidad para determinar la adecuación de la operación a la actora que resultaba ser **consumidor** y cliente minorista.

Debe partirse de la consideración de que el art. 73 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, en relación con la evaluación de la conveniencia, señala: "A los efectos de lo dispuesto en el art. 79 bis. 7 de la Ley 24/1988,



de 28 de julio, las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado".

Pues bien, decimos que no se realizó el test de conveniencia, por cuanto si bien se aporta una hoja que efectivamente se titula "test de conveniencia" y aparece suscrita por la ahora demandante, como precisa, con total acierto, la sentencia de instancia, la entidad de crédito completó el test de conveniencia "como un simple formulario, sin cerciorarse de la conexión de este con la realidad y la adecuación del producto al cliente". Y aún, añadimos, sin formular previamente interpelación alguna al cliente y, por tanto, cubriendo el test con las respuestas que a la propia entidad le parecieron convenientes. Así lo demuestra el hecho de que la hoja del test se entrega a la cliente y se firma por esta al mismo tiempo que el contrato (orden de compra de valores) y la demás documentación que se la entrega. De modo que si, como se expone en el propio test, consiste este "en una evaluación de su experiencia y conocimientos para valorar si son suficientes para comprender los riesgos del producto sobre el que el test se realiza", es llano que la información habría de obtenerse con cierta antelación y, una vez ponderada la misma, por el personal de la entidad, plasmar el resultado. Sin embargo, no se ha sometido un cuestionario previo a la cliente para determinar sus conocimientos y experiencia, sino que la sedicente información que se atribuye al mismo, se recoge en la misma hoja que el resultado y se insiste, se pone a la firma con simultaneidad a la de la orden de compra de valores, es decir, al contrato de adquisición de las preferentes. Claro que tal simulación es plenamente coherente con la convicción que mantiene la persona a quien la entidad de crédito encarga la negociación con la actora, relativa a la absoluta inutilidad de la evaluación, en la medida en que se trataba de un producto totalmente seguro (la Sra. María Purificación lo expuso reiteradamente), de suerte que devenía innecesaria, por inútil, la información sobre unos eventuales riesgos que se consideraban inexistentes.

Cuarto.- Ahora bien, como señala la citada doctrina jurisprudencial, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata las preferentes, como si, al hacerlo, tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. Y, con tal objetivo, debe analizarse el contenido y alcance de la información proporcionada.

i) La primera de las conclusiones que se alcanza es que no se realizó información precontractual por escrito. La documentación entregada a la ahora demandante se limitó a un folleto sobre "Información de las Condiciones de Prestación de Servicios de Inversión", un "Resumen" de la emisión de participaciones preferentes serie II y una hoja titulada "Instrumento financiero/Servicio de Inversión: P. PrefCaja Madrid 09".

El primero de tales documentos, "Información de las Condiciones de Prestación de Servicios de Inversión", no contiene referencia alguna concreta a las participaciones preferentes.

El llamado "Resumen" (como se señala en el mismo), no es sino una introducción al "Folleto" y este incluye el "Resumen" propiamente dicho, el Documento Registro del Emisor y la Nota de Valores. Y no consta que se hubiere entregado el "Folleto" en su integridad, siendo así que en la hoja "resumen", se consigna que " *Toda decisión de invertir en los Valores debe estar basada en la consideración por parte del inversor del Folleto en su conjunto* ".

En cualquier caso, la entrega de la documentación relacionada con la información sobre las participaciones preferentes (el "Resumen" y la hoja llamada "Instrumento financiero/Servicio de Inversión: P. PrefCaja Madrid 09"), se hizo no solamente en la misma fecha, sino en unidad de acto, con la suscripción del contrato ("orden de compra de valores"). Así se reconoce por la propia entidad demandada, en el alegato "previo" del escrito de interposición del recurso: " *Al momento de la suscripción de dichos productos por los demandantes, la entidad le entregó... la documentación* ". Es más la entrega de la documentación se hace después de la firma del contrato y de los demás documentos (por ello consta la firma de la cliente en la copias de los documentos que le fueron entregados). Lo que, además de advertir del carácter meramente ritual o formalista de la información, excluye la posibilidad de que pueda considerarse información precontractual propiamente dicha, al ser ofrecida después de la firma del contrato principal y, por ello, sin la suficiente antelación y sin conceder tiempo material para el estudio y análisis de la documentación (ni siquiera para una simple y rápida lectura) y la comprensión de los términos de la misma.

ii) La información verbal fue proporcionada por personal de la entidad de crédito, concretamente por Doña. María Purificación, empleada de la entidad, que ofreció el producto y negoció su adquisición con la aquí demandante. La empleada de la entidad vino a afirmar que trató de explicar a la cliente las "características básicas" en cuanto a la seguridad del dinero y la rentabilidad. Y resumió diciendo que "era un producto totalmente seguro", que "era impensable que Caja Madrid no fuere a obtener beneficios" y "se lo vendí a Marí Juana y Marí Juana lo compró como un producto totalmente seguro". Consecuentemente no hubo



información sobre riesgos. En definitiva, no solamente no consta que se hubiere informado de aquellos aspectos más relevantes del producto, como los relativos a que las participaciones preferentes son un producto financiero de carácter complejo y perpetuo, que no constituyen un depósito bancario y, por tanto, no se incluyen entre las garantías del Fondo de Garantías de Depósitos o que el adjetivo "preferente" no significa que sus titulares tengan la condición de acreedores privilegiados, sino que no se advirtió de los factores de riesgo de los valores, en concreto, los riesgos de no percepción de las remuneraciones, el riesgo de absorción de pérdidas, el riesgo de perpetuidad, el riesgo de orden de prelación, el riesgo de mercado, el riesgo de liquidez o representatividad de las participaciones en el mercado, el riesgo de liquidación de la emisión o el riesgo de variación de la calidad crediticia.

Consecuentemente, no cabe alcanzar sino la conclusión de que la empleada de la entidad "Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid" no se cercioró de si el contrato de adquisición de participaciones preferentes era o no el conveniente o apropiado para aquella cliente, a partir de las oportunas y correctas evaluaciones y no proporcionó a la interesada datos veraces y reales sobre el producto, esencialmente los relativos a los riesgos (como señala la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 7 julio 2014, el error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto). Tampoco por escrito se facilitó información con anterioridad al contrato y no consta, por otro lado, que la ahora demandante hubiere adquirido tal conocimiento por otros medios (no consta acreditada una especial cualificación en relación con los conocimientos específicos de este tipo de productos financieros complejos). Y así, ausente (o, cuando menos, improbadamente) la preparación personal suficiente para comprender la complejidad del contrato, sin que recibiera una explicación completa y real del tipo de producto y especialmente de sus altos riesgos (se insiste, elemento esencial y decisivo), se constata un consentimiento no informado y, por tanto, viciado por concurrir error.

Y sin que se oponga a tal conclusión el requisito de la inexcusabilidad del error, por cuanto, como señala la citada sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2014: "El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente". Y es que, como sanciona la sentencia del Tribunal Supremo de 12 enero 2015, "El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes y, en concreto, sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico, puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, lo que implica que debe facilitar la información correcta en la promoción y oferta de sus productos y servicios y no solamente en la documentación de formalización del contrato mediante condiciones generales, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada ( art. 12 de la Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo ), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico".

Y, declarada la nulidad del contrato en función de la existencia de error en la prestación del consentimiento, carecen de fundamento las referencias del recurso en su postrer apartado impugnatorio, tanto al auto-reconocimiento de la firma en los documentos privados (y la consecuencia de que la firma del contrato comporta una demostración de conformidad), como a la doctrina de los actos propios (en razón a que la actora ha recibido de forma periódica y constante extracto de sus cuentas y justificantes de abono de los cupones e información fiscal sobre las participaciones preferentes). Y es que, evidentemente no puede hablarse de conformidad con el contrato o autorización de la firma, cuando el documento que se suscribe consigna un





negocio distinto del que el firmante cree que está concluyendo y, en relación con los actos propios, el hecho de recibir extractos y justificantes de abono, no es sino una consecuencia necesaria y propia del contrato que la actora creía haber celebrado.

Quinto.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 398. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394.

## FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Andrés Gallego Martín-Esperanza, en nombre y representación de las entidades "Bankia S. A." y "Caja Madrid Finance Preferred S. A." contra la sentencia de fecha veintitrés de octubre de dos mil trece, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Vigo, confirmamos la misma, con imposición, a la parte apelante, de las costas procesales del recurso.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

La presente resolución podrá impugnarse ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, a medio de recurso de casación por interés casacional y/o extraordinario por infracción procesal, que se interpondrán ante esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial, en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de la misma.

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