



Roj: **SAP M 2518/2015 - ECLI:ES:APM:2015:2518**

Id Cendoj: **28079370112015100058**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **11**

Fecha: **02/03/2015**

Nº de Recurso: **52/2014**

Nº de Resolución: **60/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA DE LOS DESAMPARADOS DELGADO TORTOSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Undécima

C/ Ferraz, 41 , 914933922 - 28008

Tfno.: 914933922

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0000944

Recurso de Apelación 52/2014

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 06 de Móstoles

Autos de Procedimiento Ordinario 1800/2012

APELANTE: BANKIA S.A.

PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO ABAJO ABRIL

APELADO: D./Dña. Almudena y D./Dña. Carlos María

PROCURADOR D./Dña. SONIA SILVIA ALBA MONTESERIN

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. MARÍA DE LOS DESAMPARADOS DELGADO TORTOSA

En Madrid, a dos de marzo 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 1800/2012 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 06 de Móstoles a instancia de **BANKIA S.A.** como parte apelante, representada por el Procurador D. FRANCISCO ABAJO ABRIL contra Dña. Almudena y D. Carlos María como partes apeladas, representados por la Procuradora Dña. SONIA SILVIA ALBA MONTESERIN; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra *Sentencia* dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 24/09/2013 .

VISTO, Siendo Magistrada Ponente Dña. **MARÍA DE LOS DESAMPARADOS DELGADO TORTOSA.**



I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 06 de Móstoles se dictó Sentencia de fecha 24/09/2013 , cuyo fallo es del tenor siguiente:

"Que ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el/la Procurador/a D./Dña. Sonia Alba Monteserín en nombre y representación de DÑA. Almudena Y D. Carlos María , en los presentes autos de juicio ordinario seguidos en este Juzgado contra BANKIA S.A., se DECLARA la nulidad de los contratos de suscripción de "participaciones preferentes Caja Madrid 2009", de fechas 22 y 25 de mayo de 2009 y fecha valor 7 de julio de 2009 , con obligación de restituirse recíprocamente los cargos y abonos derivadas de estos contratos (72.000 a restituir por la actora en concepto de capital invertido, menos 11.202,78 €, a restituir por la demandante en concepto de cupones percibidos), más los intereses legales.

Y todo ello con expresa imposición a la parte demandada de las costas procesales causadas."

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 la actora, DÑA. Almudena y D. Carlos María , ejercitan contra la entidad BANKIA, S.A., acción de nulidad de los contratos de suscripción de "participaciones preferentes Caja Madrid 2009", de fechas 22 y 25 de mayo de 2009, y fecha valor de 7 de julio de 2009, solicitando el reintegro entre las partes de las cantidades percibidas, en concreto, por parte de la entidad demandada, la cantidad invertida de 72.000 euros, más los intereses legales desde la fecha valor y hasta su pago, compensándose los importes percibidos por los demandantes en concepto de cupones. Y ello por entender, en primer lugar, que la entidad demandada incumplió las obligaciones legales de información sobre las características y riesgos del producto, vulnerando los art. 78 y 79 de la LMV, el anexo del RD 629/93 y los art. 72 y 73 del RD 217/2008 , lo que aboca a la nulidad radical del contrato ex art. 6.3 CC . Se invoca también error en el consentimiento prestado por los demandantes, debido a: 1.- falta de información con respecto al producto que se comercializó por Caja Madrid, especialmente, respecto de los riesgos que conlleva y, en concreto, el de sufrir elevadas pérdidas sobre el capital, la sujeción de los beneficios a la obtención de dividendos por parte del emisor, la imposibilidad de cancelación anticipada y la falta de liquidez inmediata; 2.- en consecuencia, de los elementos esenciales de lo contratado. Siendo, además, que dicho producto no era ajustado al perfil de los demandantes, que son clientes minoristas, que tienen la condición de **consumidores** y que carecen de experiencia financiera, no estando en condiciones de valorar debidamente el funcionamiento del producto, ni la verdadera entidad del riesgo que asumen, existiendo una posición de desigualdad contractual. Se aduce en la demanda que el Sr. Carlos María solo tiene formación profesional básica y es encargado de mantenimiento en un taller, y la Sra. Almudena no tiene formación ni estudios, es ama de casa. Ambos mantienen una relación con Caja Madrid desde el año 1977 y siempre han contratado imposiciones a plazo con vencimientos cortos, nunca productos de inversión, pues priorizaban la seguridad y disponibilidad de sus ahorros. Que el Subdirector de la sucursal de Caja Madrid llamó al Sr. Carlos María para ofrecerle lo que, según él, suponía un depósito con unas condiciones mejores a las que tenía hasta entonces. Aunque él indicó que aún no había vencido el anterior depósito, el Subdirector le recomendó su cancelación anticipada. El Subdirector siempre se refirió a un nuevo depósito, con una rentabilidad atractiva de un 7%, a cinco años, indicándole que si necesitaban retirar el dinero antes solo tenían que avisar con una antelación mínima de 48 horas; también les dijo que era un producto seguro y garantizado. Siendo así que los demandantes suscribieron las participaciones preferentes en la confianza de que la cantidad bancaria les proporcionaba un producto sin riesgo, con una rentabilidad interesante y con disponibilidad, habiéndose limitado a firmar en el lugar que el Subdirector le señalaba con una "X". Que invirtieron en este producto los ahorros de toda su vida, 72.000 euros, y que no querían invertir en un producto "a perpetuidad". Que el test de conveniencia fue rellenado por el propio Subdirector, y que en razón del asesoramiento prestado, debió hacerse test de idoneidad. Que no se les facilitó folleto informativo, sino solo la ficha del producto, que además no se les entregó con carácter previo por lo que no hubo información prenegocial.

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. Se opone también en cuanto al fondo negando incumplimiento alguno en su actuación contractual, ni que



exista error en el consentimiento prestado por los demandantes, quienes fueron informados de los riesgos, detalles y tipología del producto que contrataban. Sostiene sustancialmente:

a.- La parte actora mostró desde un primer momento su interés y voluntad en adquirir las participaciones preferentes de 2009, siendo conocedora del producto financiero en cuestión, toda vez que desde el año 1999 tenía contratadas participaciones preferentes Caja Madrid, habiendo acudido en el año 2004 a la suscripción por canje de 180 participaciones preferentes Caja Madrid, y además suscribieron otras 180 nuevas participaciones preferentes.

b.- Perfil inversor de los demandantes, que son además titulares de 800 acciones de Bankia desde el año 2011, así como de un depósito denominado "depósito Creciente Plus" con fecha de apertura de 11.11.10 y vencimiento 11.11.13.

c.- Caja Madrid no asumió labores de asesoramiento, pues los únicos servicios prestados fueron de depósito y administración de valores y de recepción y transmisión de órdenes.

d.- Caja Madrid cumplió fiel y puntualmente con todas las obligaciones de información legalmente establecidas, entregando al actor toda la documentación informativa requerida por la normativa vigente. Se firmaron los siguientes documentos: test de conveniencia; documento resumen de riesgos; ficha del producto o tríptico resumen del folleto de la emisión que describe de forma clara y comprensible los riesgos del producto: perpetuidad, no percepción de las remuneraciones, de absorción de pérdidas, de pérdida de valor nominal y de iliquidez; órdenes de suscripción de participaciones preferentes de fechas 22 (por canje de las anteriores) y 25 de mayo de 2009, con fecha valor 7 de julio del mismo año. Por lo que la parte actora reconoció haber sido informada de todos los riesgos inherentes a la contratación de las participaciones preferentes e igualmente reconoció haber prestado consentimiento informado a la contratación. Y que ya tenían suscrito desde el año 1999 "contrato de depósito o administración de valores".

e.- La parte actora era consciente del producto que contrataba, habiendo tenido durante tres años ganancias superiores a los usuales para los depósitos a plazo fijo comercializados en ese momento por las entidades de crédito, y solo se invoca la existencia de error cuando el producto ha dejado de generar rendimientos.

En la audiencia previa se rechazan las excepciones de falta de litisconsorcio pasivo necesario y de defecto en el modo de proponer la demanda.

La Juzgadora de instancia dicta sentencia en la que estima la demanda declarando la nulidad interesada, y la obligación de las partes de restituirse recíprocamente los cargos y abonos derivados de los contratos suscritos (72.000 euros a restituir por la actora en concepto de capital invertido, menos 11.202,78 euros a restituir los por demandante en concepto de cupones percibidos), más intereses legales, razonando ampliamente la Juzgadora, valorando con encomiable detalle las pruebas practicadas, sobre el incumplimiento de sus deberes de información por la demandada en relación con la complejidad y riesgos del producto y el perfil de los demandantes, terminando por apreciar la concurrencia de error en el consentimiento.

Recorre la demandada dicha resolución, alegando, 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. Sobre el fondo del asunto, se alegan los siguientes motivos:

Primero.- Infracción del art. 326 de la LEC sobre el valor probatorio de los documentos privados y la doctrina jurisprudencial al pretender que la contratación previa de participaciones preferentes carece de trascendencia a efectos de implicar un conocimiento previo del producto.

Segundo.- Infracción del art. 326 y 316 de la LEC sobre el valor probatorio de los documentos privados y del interrogatorio de las partes: indebida e injustificada apreciación de vicio en el consentimiento.

Tercero.- Infracción del art. 326 y 316 de la LEC sobre el valor probatorio de los documentos privados y del interrogatorio de las partes: indebida e injustificada apreciación de vicio excusable del consentimiento.

Cuarto.- Incorrecta apreciación de la existencia de incumplimientos postcontractuales en las obligaciones derivadas de los contratos suscritos por las partes.

Aduciendo que:

a.- La sentencia considera, erróneamente, que la previa contratación de participaciones preferentes durante más de diez años no permite concluir que los demandantes sean conocedores de las características y riesgos del producto.



b.- La sentencia considera, injustificadamente e incurriendo en grave y trascendental error al apreciar la prueba, que existió un vicio esencial en el consentimiento por la falta de información y claridad por parte de la entidad demandada, sin tener en cuenta toda la documentación facilitada a la parte actora, así como la realización del test de conveniencia a D. Carlos María cumpliendo con la normativa MiFID. Además, se le hizo entrega de un tríptico resumen y documento resumen de riesgos que consta de un simple párrafo de muy fácil comprensión, a través del cual D. Carlos María reconocía ser consciente de que, entre otras cuestiones, el producto contratado presentaba un riesgo elevado, que existía la posibilidad de incurrir en pérdidas y de que el pago de las remuneraciones estaba condicionado a la obtención de beneficios por el emisor. De lo que se desprende que la información facilitada a los demandantes fue suficiente, ajustada a la Ley, y muy clara y comprensible.

c.- La sentencia entiende, erróneamente, que el error en el que incurrieron los demandantes, aunque vencible mediante la simple lectura, sigue siendo excusable, por entender que no puede invocarlo quien lo ha generado con sus incumplimientos, considerando defendible que no se proceda a la lectura previa a la firma por la confianza que genera la contratación bancaria en el cliente.

d.- La sentencia considera, erróneamente, la existencia de incumplimientos post contractuales de las obligaciones derivadas de los contratos existentes entre las partes. Las obligaciones derivadas del contrato de depósito y administración de valores son las laxas de una mera gestión conservativa de la inversión y no las severas o amplias de la gestión discrecional de cartera.

La actora se opone al recurso rechazando sus argumentos e interesando la íntegra confirmación de la sentencia.

SEGUNDO.- Se reitera en el recurso como primer motivo del mismo la falta de 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 de fecha 10 de julio de 2014 (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.- Entrando ya en el resto de los motivos del recurso que atacan el fondo de la cuestión debatida, el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sentencia del Pleno, de 20/01/2014 aborda la cuestión planteada 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 conlleven 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.

...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 reseña de la anterior sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, Sala 1ª, justifica la consideración de que este tipo de contratación, mediante orden de suscripción de participaciones preferentes por canje, además de otro tanto de nueva suscripción, puede incluirse en el ámbito del servicio de asesoramiento en materia de inversión que la entidad presta a la actora.

No es otra cosa que un servicio de asesoramiento lo que puede verse en la iniciativa del banco que llama a los actores a través del subdirector de la oficina de Caja Madrid, para ofrecerles un producto nuevo, las participaciones preferentes de ese año 2009, que finalmente suscriben, y que no puede ser entendida como la simple oferta o recomendación genérica de un producto financiero realizada en el ámbito de la comercialización de valores o instrumentos financieros, con valor de una mera comunicación de carácter comercial. La recomendación u oferta a los actores, a quienes se presenta el producto cuando visitan la oficina a raíz de la llamada recibida, fue claramente personalizada e individualizada.

Y si ello es así, difícilmente se puede sostener que se cumplió escrupulosamente con la normativa vigente para la comercialización del producto.

CUARTO.- Según el art. 78 bis 1 de la citada LMV, a los efectos de lo dispuesto en el Título en el que se integra, las empresas de servicios de inversión -como en el caso de autos sería la demandada-, clasificarán a sus clientes en profesionales y minoristas, definiéndose a aquéllos por exclusión, es decir, los que no sean considerados profesionales. La finalidad de dicho precepto no es otra que reforzar la protección del cliente minorista, al estimarse que carece de los conocimientos o experiencia suficiente, frente a un profesional, como para comprender, valorar o gestionar correctamente los riesgos a los que se expone al proceder a invertir o contratar determinados productos financieros.

El art. 79 establece con carácter general las obligaciones que deben cumplir las entidades que, como la demandada, prestan servicios de inversión -como es el caso, con la venta de las preferentes objeto del procedimiento-, en lo que obviamente habrá de exigírsele mayor rigor cuando se trate de minoristas. Así, se establecen las obligaciones de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, fundamentalmente la obligación de información. A ésta se refiere el art. 79 bis, disponiendo que las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes; especificando su apartado 3º que a los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les debe proporcionar, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta, sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión, sobre los centros de ejecución de órdenes, y sobre los gastos y costes asociados, de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A su vez, se puntualiza en el apartado 5º que las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes, disponiendo el 6º que cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad deberá obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente en el ámbito de 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, hasta el punto que de no contar con tal información, no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. Obviamente, no incluye en esta previsión a los clientes profesionales, al eximirse a la entidad de obtener información sobre sus conocimientos y experiencia.

En este caso, es llano que los demandantes fueron considerados por Caja Madrid como clientes minoristas. El que hubieran suscrito con anterioridad participaciones preferentes, en el año 2004, que se canjean por las del año 2009, y antes en el año 1999, y que hubieran contratado también unos depósitos a plazo de tres meses entre octubre de 2006 a octubre de 2008, además de un contrato de depósito 1 plus en abril de 2009, e incluso aun cuando hubieran suscrito también acciones de Bankia en 2011, si bien no es un dato irrelevante, no puede alterar su perfil conservador ni su consideración como clientes minoristas, no conociéndose la información que les fue prestada en su día para aquella suscripción, y sin que se pueda admitir el argumento de que hecha una anterior suscripción cesen los deberes de adecuada información por la entidad bancaria, o se pueda inaplicar una normativa que ha entrado en vigor después de la inicial suscripción pero que resulta plenamente aplicable en la fecha del canje.

Aduce la entidad bancaria que les proporcionó toda la información legalmente requerida a fin de que pudieran conocer y comprender las características y los riesgos del producto ofertado y finalmente adquirido, descartando así la posibilidad de invocar cualquier error a la hora de prestar el consentimiento. Algo sobre lo que no podemos estar de acuerdo.

En la prueba testifical practicada en la persona del empleado de la entidad, D. Armando , quien manifiesta haber visto la documentación de estos clientes pero que no les recuerda específicamente, es reveladora de una forma de proceder que elude todos los controles necesarios y valora únicamente la condición del cliente como preferentista. Aunque manifiesta que él explicaba el producto y que informaba de sus riesgos, también dice que se vendía como un producto mejor, con un interés mayor, garantizado por Caja Madrid, pero a la vez reconociendo que era impensable que Caja Madrid cayera, que la información de sus superiores era que todo iba bien, que en 2009 era una de las entidades más solventes y no podían prever esta situación en el momento de la contratación. Lo que evidencia que la información que se habría dado, al menos en este aspecto, fue totalmente insuficiente e incluso sesgada. Es evidente que el empleado de la entidad, bajo las pautas recibidas de la dirección para el desarrollo de su actividad, no puede alertar sobre todos los posibles riesgos de una operación, con profusión de datos, y a la vez transmitir las dudas que necesariamente conlleva una operación de alto riesgo como la concertada y sobre la que informa, si no cree que existan o que son de muy dudosa contingencia. Las respuestas del testigo, en cuanto que manifiesta no recordar en concreto a estos clientes, pueden ser enmarcadas en la actuación de cualquier empleado que lleva a cabo esa comercialización en base a las instrucciones recibidas para ello.

De modo sintético podemos decir que la doctrina ha resaltado como facetas principales de las participaciones preferentes las siguientes:

1º) Son productos perpetuos y sin vencimientos, es decir, que los inversores no pueden exigir a la sociedad emisora que les reembolse el dinero al cabo de cierto tiempo, como ocurre con los depósitos a plazo.

2º) Aunque se pueda ofrecer un interés determinado y elevado, lo cierto es que su percepción no era algo que se asegurara a los inversores, ya que el derecho a percibir tal interés dependía de que el banco emisor obtuviese beneficios; en definitiva, de los resultados económicos de la entidad.

3º) Independientemente de lo anterior, la remuneración que los inversores tienen derecho a percibir por las participaciones preferentes, quedan también condicionadas a otro tipo de circunstancias. Por un lado, el consejo de administración, u órgano equivalente, de la entidad de crédito emisora o matriz, puede cancelar, discrecionalmente, cuando lo considere necesario, el pago de la remuneración durante un período ilimitado, sin efecto acumulativo; y a pesar de ello, sin embargo, las preferentes no otorgan a sus titulares derechos políticos como para poder controlar o influir sobre tal decisión, salvo en los supuestos excepcionales que se establezcan en las respectivas condiciones de emisión. Por otro, tampoco se percibirán remuneraciones cuando no se cumplan con los requerimientos de recursos propios legalmente establecidos; pero es que además, el Banco de España podrá exigir la cancelación del pago de la remuneración, basándose en la situación financiera y de solvencia de la entidad de crédito emisora o matriz, o en la de su grupo o subgrupo consolidable.

4º) Como la rentabilidad de la participación preferente está condicionada a la existencia de beneficios o reservas distribuibles en la entidad de crédito emisora o dominante, y la liquidez de la participación preferente sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario, en los supuestos de ausencia de rentabilidad será difícil que se produzca la referida liquidez.



5º) La inversión puede perderse por completo en caso de insolvencia de la entidad emisora, quedando directamente afecta a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito, o de la de su grupo o subgrupo consolidable al que pertenece. Ciertamente tal circunstancia es evidente y no exigiría de mayores explicaciones; lo que ocurre es que aquí existe un matiz importante; y es que en los depósitos a plazo en entidades financieras españolas existe cierta garantía del Estado hasta una cantidad determinada, y la ausencia de esa garantía es un dato de especial importancia, por mucho que el tema de la insolvencia sea claro.

6º) Estos productos cotizan en los mercados secundarios organizados y en los supuestos de liquidación o disolución de la entidad de crédito emisora, o de la dominante, darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha, que no hubiera sido objeto de cancelación, situándose, a efectos del orden de prelación de créditos, y frente a lo que su nombre pueda erróneamente hacer interpretar, como inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito, y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuotapartícipes. Ello supone que la recuperación de la inversión sólo se producirá tras el previo y completo pago de la totalidad de los créditos de los acreedores de aquélla.

Como 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".

QUINTO.- 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.

Como declara la muy reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 :

"La sentencia del pleno de esta sala num. 840/2013, de 20 de enero de 2014, recoge y resume la jurisprudencia dictada en torno al error vicio. Afirmábamos en esa sentencia, con cita de otras anteriores, que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

El respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") impone la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y quien lo sufrió pueda quedar desvinculado. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos, recogidos en la regulación contenida en el Código Civil y en la jurisprudencia dictada en esta materia.

Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 del Código Civil dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 del Código Civil). La jurisprudencia ha exigido que el error sea esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa (sentencia núm. 215/2013, de 8 abril).

El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de



autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, 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 de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la citada sentencia num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 y reiterado en sentencias posteriores."

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; y se hiciera así ya en la suscripción del producto o en su canje por otras participaciones, respecto de cuya contratación en relación con la información suministrada nada se sabe. 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 que las conversaciones (presenciales, informáticas o telefónicas) con los empleados de la entidad.

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".

SEXTO.- Sobre el carácter esencial del error sobre los riesgos de la inversión, nos dice también la citada STS de 12 de enero de 2015 :

"La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable en este caso por la fecha en que se concertó el contrato, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes, como tales, para la apreciación del error vicio. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores."

En el caso enjuiciado, los demandantes son personas sin formación en el ámbito económico y de claro perfil conservador, que no podemos considerar que pierdan a la vista de las operaciones que habían concertado con anterioridad.

No hay prueba adecuada de que tuvieran el perfil inversor que les atribuye la demandada. Como ya dijimos con anterioridad, el que ya hubieran suscrito participaciones preferentes en el año 2004, y aún antes en el año 1999, y que hubieran contratado también unos depósitos a plazo de tres meses entre octubre de 2006 a octubre de 2008, además de un contrato de depósito 1 plus en abril de 2009, o suscrito acciones de Bankia en 2011, si bien no es un dato irrelevante, no configura un perfil de inversor profesional. Como ya declaraba la STS de 18 de abril de 2013 "la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto, que no lo da la actuación empresarial en otros campos", y en este caso, como se dice en la demanda, sin que la demandada



lo contradiga, el Sr. Carlos María solo tiene formación profesional básica y es encargado de mantenimiento en un taller y la Sra. Almudena es ama de casa, sin formación ni estudios. No se puede decir que sean clientes expertos en inversiones.

Es llano que lo que pretendían los demandantes era ante todo invertir en un producto rentable, pero seguro. No buscaban un producto de inversión arriesgada, y si aceptaron el canje de las preferentes y nueva adquisición de otras fue en atención a la información que les ofrecía la entidad bancaria, pero luego resultó que el producto era mucho más complejo y arriesgado de lo que creyeron, y terminó produciendo unos efectos nocivos que no habían sido previstos. Lo que da idea de la asimetría existente entre la representación mental que los clientes se hizo con la información inadecuada que le suministró Caja Madrid (Bankia) y el producto realmente contratado.

Puede ser que los particulares, con independencia de su edad, ignoren las vicisitudes de la inversión en valores, pero esa es la función de información, y desde luego cualquier persona, si se le explica correctamente la verdadera naturaleza y riesgos del producto financiero, entendería la intensidad del tipo de riesgo que conllevan determinadas inversiones. Y la demandada, en carga de la prueba que le corresponde no ha probado suficientemente que eso ocurriera en este caso, es decir, que la actora contase con tal información. Corresponde tal atribución de la carga de la prueba cuando se demanda al Banco en base a una inexistente, incompleta o inexacta información precontractual, conforme al principio de facilidad probatoria, normativizado en el apartado 7 del artículo 217 LEC, según el cual corresponde probar a aquel litigante que tenga más fácil y directo acceso a la fuente de la prueba. Desde esta perspectiva, si la demandante parte de la base de no haberle sido dada la información contractual, la carga de la prueba de la efectiva entrega corresponde a la demandada, entidad bancaria, que es la que ha de preconstituir la prueba sobre la información facilitada del complejo producto que se concertó. Y aquí la demandada, conforme a lo que ya hemos expuesto, no ha desvirtuado lo afirmado por la actora, no se desprende de lo actuado que se haya prestado a los demandantes información clara, correcta, precisa y suficiente, que les permitiera tener conocimiento de las características esenciales del producto financiero objeto de la orden de inversión, y en particular, hacer hincapié en los riesgos que esta operación financiera de suscripción de participaciones preferentes.

No basta para ello, dado el grado de protección y las cautelas que al respecto exige la normativa reguladora del mercado de valores y de la prestación de servicios financieros y de inversión, que se pueda presumir el conocimiento y esa información precisa para poder contratar productos complejos, del simple hecho de que ya hubiera suscrito participaciones preferentes en el año 2004, tal como antes ya hemos expuesto.

Tampoco de que se haya cumplimentado el test de conveniencia. La obligación de realizar el test de conveniencia, y el de idoneidad en su caso -que ha de realizarse cuando se trata de un servicio de asesoramiento-, cobra y tiene sentido porque a su vez determina el grado de información o protección que debe otorgarse por la entidad asesora de inversiones al cliente minorista, que siempre lo será por exclusión; es decir, que a quien no le conste sea profesional, debe darle el tratamiento de minorista. Y desde luego todo ello tiene relevancia, en cuanto que puede afectar a la formación del consentimiento del futuro o posible inversor, quien ante la falta de una adecuada información y conforme a las cualidades o circunstancias que le son propias, pudo haber incurrido en error invalidante de aquél.

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. Así, y como establece la doctrina jurisprudencial reiterada en esta materia, el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate, como consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el art. 7 del CC; y para el cumplimiento de ese deber de información, no basta con que ésta 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.

Es por ello que, 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 podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con ese 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.

Basta examinar el mencionado test de conveniencia para apreciar que se trata de un documento proforma, en el que ya al pie figura de forma preestablecida "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...", y lo que se hace es ir rellenando las casillas que preceden hasta llegar a ese resultado ya predispuesto por la entidad bancaria. Sobre la forma de realizarse el test de conveniencia, el testigo Sr. Armando manifestó que se le iba preguntando al cliente y se rellenaban las casillas en el ordenador, que si alguna respuesta era negativa, se continuaba rellenando porque del conjunto podía ser que el resultado del test fuera positivo.

El Sr. Carlos María , y en su caso la Sra. Almudena , suscribieron toda la documentación que les entregó el banco, pero con ello no queda suficientemente acreditado que se les proporcionara toda la información que legalmente se le exigía a la entidad bancaria a fin de que pudieran conocer y comprender las características y los riesgos del producto ofertado y finalmente adquirido.

No son relevantes las menciones predisuestas por la entidad bancaria en el documento denominado "Declaración de conocimiento de los riesgos del producto", firmado por el Sr. Carlos María , por el que manifiesta "que ha sido informado de que el instrumento financiero presenta un riesgo elevado, en particular de la posibilidad de incurrir en pérdidas en el nominal invertido y de que no existe garantía de negociación rápida y fluida en el mercado en el caso de que decida vender el instrumento financiero referenciado, y que se le ha informado de que el pago de la remuneración está condicionado a la obtención de beneficios distribuibles por parte del emisor o su grupo, y que si en un período determinado no se pagara remuneración, ésta no se sumará a los cupones de períodos posteriores...".

Se trata de menciones predisuestas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, como ya dijimos en la sentencia núm. 244/2013, de 18 abril . La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13 , en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el **consumidor** del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista.

En definitiva, no es más que un documento modelo estereotipado, no adaptado a las circunstancias concretas de cada cliente y operación que, conforme a las reflexiones apuntadas, no es suficiente ni tiene la virtualidad de evidenciar o demostrar que el actor era plenamente consciente y conocedor del alcance y de los riesgos de la operación ante la sesgada e incompleta información recibida.

Respecto de las informaciones sobre riesgos contenidas en la documentación contractual, en primer lugar, no consta que fueran facilitadas a los demandantes con la suficiente antelación, cuando dan la orden de suscribir el producto.

Sobre este particular, la STS de 10 de septiembre de 2014 declaró que en este tipo de contratos la empresa que presta servicios de inversión tiene un deber de informar con suficiente antelación. El art. 11 Directiva 1993/22/CEE , de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente «en el marco de las negociaciones con sus clientes». El art. 5 del anexo del RD 629/1993 , aplicable por razón del momento en que se celebraron los contratos, exige que la información «clara, correcta, precisa, suficiente» que debe suministrarse a la clientela sea «entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación».

La consecuencia de lo anterior es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente. Como declara la ya citada STS de 12 de enero de 2015 "no se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto (y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que la cliente recibió recomendaciones personalizadas), y solo se facilita en el momento mismo de firma del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18



de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13 , en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, declara que las obligaciones en materia de información impuestas por la normativa con carácter precontractual, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la conclusión del contrato, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al **consumidor**, antes de la firma de ese contrato, de las explicaciones exigidas por la normativa aplicable."

En el caso enjuiciado se hizo entrega de la documentación el mismo día de la firma y el argumento de la demandada de que la orden de suscripción es del 22 y 25 de mayo y la fecha valor de la operación es del 7 de julio, con lo que, de haberse cerciorado los actores tras la lectura de la documentación de que realmente no querían ese producto, no puede tener, conforme a lo expuesto, acogida.

Además, ya en cuanto al contenido de la documentación contractual, el tríptico resumen del producto, a pesar de que también figure firmado por D. Carlos María , se trata de un documento que, por su simplificación, no sería suficiente ni tendría la virtualidad de evidenciar o demostrar que los actores eran plenamente conscientes y conocedores del alcance y de los riesgos de la operación de compra por canje y nueva compra suscrita ante la incompleta información recibida. El lenguaje utilizado en su redacción no será especialmente complejo, pero sí los conceptos manejados y más para personas sin conocimientos financieros acreditados.

En definitiva, a los demandantes no se les alertó de todos los peligros o riesgos que entrañaba el producto, como eran los puestos anteriormente de manifiesto, a lo que habría de añadirse el hecho de que la comercialización de las participaciones preferentes del año 2009 se produce en unas condiciones muy especiales en que la entidad bancaria no ofrecía una solvencia real como la que aparentaba a la luz de lo que luego se ha conocido, lo que ya hoy es un hecho notorio, al margen de que sus empleados no conocieran la situación financiera de la entidad, y que distaba con mucho de ser la que los clientes podían percibir al adquirir los productos como el que nos ocupa.

SÉPTIMO.- Resulta también por todo ello improcedente la invocación de la doctrina de los actos propios que fundamenta la apelante en que los actores nada señalaron sobre un supuesto error en el consentimiento durante los tres años en los que han estado recibiendo la alta rentabilidad que ofrecía el producto, presentando la demanda en el momento en que deja de percibirse.

La SAP Madrid, Sección 25, de 5 de diciembre de 2014 , expresa:

"Los actos propios contra los cuales no es lícito accionar son aquéllos que, por su carácter trascendental o por constituir convención, causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor o aquéllos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, por lo que el citado principio sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que hubieren creado una situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla; y para apreciar su carácter vinculante se requiere un acto concluyente e indubitado, de forma que defina de modo inalterable e inequívoco la situación del que los realiza" (SSTS 16 junio , 5 octubre y 21 diciembre 1984 EDJ 1984/7582 ; 15 julio EDJ 1985/7523 y 19 noviembre 1985 ; 22 junio , 25 septiembre y 5 octubre 1987 EDJ 1987/6990 , 25 marzo , 4 y 10 mayo 1989, 5 EDJ 1991/2393 y 11 marzo 1991 EDJ 1991/2602 y 13 junio 1992 EDJ 1992/6267, entre otras, citadas en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 11ª, de 28-11-2003, nº 149/2003, rec. 250/2002), y ello porque como pone de manifiesto la STS de 12 de julio de 1997 EDJ 1997/6170, que cita las SSTS de 14 de noviembre de 1994 y 27 de enero de 1996 EDJ 1996/236, para que concurren dichos actos propios, que define en la forma indicada, es preciso que en la conducta del agente no exista ningún margen de error por haber actuado con plena conciencia para producir o modificar un derecho...."

Es llano que, a la luz de dicha doctrina y conforme a los razonamientos ya expuestos, en modo alguno puede entenderse que la conducta descrita merezca la calificación de actos propios, a los efectos pretendidos por la actora, por lo que el alegato se desestima.

OCTAVO.- Conforme a todo lo expuesto, el consentimiento fue viciado por error por la falta de conocimiento adecuado del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente que lo contrata una representación mental equivocada sobre las características esenciales del objeto del contrato, debido al incumplimiento por la entidad bancaria demandada de los deberes de información que le impone la normativa del mercado de valores cuando contrata con clientes respecto de los que existe una asimetría informativa. Lo que nos lleva, compartiendo el criterio de la Juzgadora, a desestimar el recurso interpuesto, confirmando la sentencia de instancia que declara la nulidad de la orden de suscripción de participaciones preferentes objeto de la demanda, y la restitución de los respectivamente recibido por las partes, que por lo que respecta a la entidad bancaria supone abonar a la actora la cantidad de 72.000 euros, a la que habrá de deducirse los rendimientos percibidos por dicha suscripción, que asciende a 11.202,78 euros, más los intereses legales a computar, en congruencia con lo pedido en la demanda y puntualizando en este



punto la sentencia, desde la fecha de valor, y que se corresponderían a una indemnización según los intereses legales de la cantidad invertida, lo que es acorde al contenido del artículo 1.303 CC -devolución del precio con intereses-, y desde la fecha de valor de la operación, tal como reconoce al respecto la referida STS de 12 de enero de 2015 ; y aunque el banco demandado tendría derecho, conforme al mismo precepto, a los intereses de las cantidades abonadas por rendimientos del producto, se trata de un extremo sobre el que no podemos pronunciarnos puesto que no se ha formulado reconvencción al respecto, ni siquiera se ha solicitado, de forma expresa, en el suplico de la contestación a la demanda, por vía de excepción.

NOVENO.- 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.- FALLAMOS

Que, DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANKIA, S.A., contra la sentencia de fecha 24 de septiembre de 2013 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Móstoles, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la referida resolución, con la única precisión de que los intereses legales se computarán desde la fecha de valor de las ordenes de suscripción; 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 N° 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2578-0000-00-0052-14, 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