



Roj: **SAP CR 439/2015 - ECLI:ES:APCR:2015:439**

Id Cendoj: **13034370012015100229**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ciudad Real**

Sección: **1**

Fecha: **04/05/2015**

Nº de Recurso: **439/2014**

Nº de Resolución: **127/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LUIS CASERO LINARES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

CIUDAD REAL

SENTENCIA: 00127/2015

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

CIUDAD REAL

Sección 1ª

Rollo de Apelación Civil: 439/14

Autos: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 711/12

Juzgado: primera instancia Valdepeñas, 2

SENTENCIA Nº 127

Ilmos. Sres.

Presidenta:

Dª MARIA JESUS ALARCON BARCOS

Magistrados:

D. LUIS CASERO LINARES

Dª MARIA PILAR ASTRAY CHACON

CIUDAD REAL, a cuatro de mayo de dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de CIUDAD REAL, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000711 /2012, procedentes del JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de VALDEPEÑAS, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000439 /2014, en los que aparece como parte apelante, D. Victor Manuel y Dª Manuela , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. ROSA MARIA GOMEZ ARROYO, asistido por el Letrado D. ANGEL FELIPE HOLGADO TORQUEMADA, y como parte apelada, CAJA MADRID FINANCE PREFERRED S.A. BANKIA SA , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JUAN VILLALON CABALLERO, asistido por el Letrado D.JOSE LUIS RUIZ VALDEPEÑAS SANCHEZ HERMOSILLA, sobre procedimiento ordinario 711/12, siendo el Magistrado/a Ponente el/la Ilmo./Ilma. D.LUIS CASERO LINARES.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Sr. Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Valdepeñas se dictó sentencia en los referidos autos, de fecha 17-3-2014 cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "FALLO: "Que desestimando



la demanda interpuesta a instancia de D. Victor Manuel y D^a Manuela contra CAJA MADRID, absuelvo a la demandada de todos los pedimentos formulados contra la misma y se condena a la demandante al pago de las costas procesales”.

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes, se interpuesto contra la misma recurso de apelación en tiempo y forma por la parte demandante, admitiéndose el recurso y dándole el trámite correspondiente, las partes hicieron las alegaciones que estimaron conveniente en apoyo de sus respectivos intereses, elevándose los autos a la Audiencia y correspondiendo a esta Sección por turno de reparto, se formó el correspondiente rollo y se turnó Ponencia, señalándose día para la votación y fallo del recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta apelación se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

PRIMERO: Por la parte demandante se recurre la sentencia que desestima su demanda, es decir su pretensión de anulación de la suscripción el 12 de abril de 2011 de participaciones preferentes, basada en un defecto en el consentimiento.

Por la parte demandada se pide la confirmación de la sentencia, al entender que no existe vicio en el consentimiento ya que los demandantes fueron informados sobre las características del producto que contrataban, tal como concluye la Juez a quo.

SEGUNDO : La cuestión que se plantea ha sido ya resuelta en numerosas ocasiones por esta Audiencia, y aunque lógicamente cada supuesto tiene sus particularidades, lo cierto es que existe un patrón prácticamente similar en todas ellas de estar ante una contratación con una manifiesta falta de información, con independencia del enorme conjunto documental que se le hace firmar a los contratantes, y con unos clientes que no cumplen con el perfil para el que ese producto pudiera estar diseñado, dada su complejidad y evidente riesgo; y desde luego el presente caso no escapa de este patrón, no pudiendo compartir este Tribunal las apreciaciones que se hacen por la Juez a quo en cuanto a la correcta información recibida por los demandantes y su conocimiento del producto que contrataban.

Como decimos, las cuestiones que plantean las partes ya han sido abordadas por este Tribunal, incluso referidas a la misma demandada, y así en sentencias tan recientes como la nº 38/14, de 9 de febrero , recogíamos a su vez la sentencia nº 33/14, de 6 de febrero , donde dijimos que:

El extenso recurso presentado por la demandada no viene sino a reiterar, desde las más variadas alegaciones, la tesis de que los demandantes eran plenamente conocedores del producto en el que invertían, siendo la información facilitada la correcta y sin que el banco (en aquél momento Caja Madrid) asumiera funciones de asesoramiento en materia de inversiones, ni cobrara retribución o comisión alguna por tal concepto, negando, en definitiva, cualquier vicio en el consentimiento.

Pues bien, analizadas tales alegaciones y lo desarrollado en autos, la conclusión a la que hay que llegar es que, contrariamente a lo manifestado por la recurrente, los demandantes no pueden ser asociados a un perfil de conocedores de productos de riesgo y que apuesten por ellos, sino que lo que denotan es que estamos ante un perfil normal de ahorrador con posiciones más bien conservadoras y sin pretensiones de arriesgar sus ahorros, sino de sacarles un cierta rentabilidad a los mismos, tal como acreditan los distintos productos contratados con la demandada. La suscripción de participaciones preferentes serie I no desvirtúa esta conclusión, pues tal suscripción participa de las mismas características de la ahora controvertidas de la serie II y, por tanto, de los mismos riesgos en cuanto a su comercialización en relación a los demandados.

La recurrente señala el documento nº 8 de su contestación, que es un test de conveniencia para la suscripción de participaciones preferentes, como prueba de la idoneidad y conocimientos de los demandantes en relación a ese tipo de productos, pero en ese test precisamente lo que falta son preguntas sobre el perfil de riesgo que quieren asumir los contratantes y, por tanto, si éste se acomoda al producto que se les ofrece, información que resulta vital cuando estamos hablando de personas no profesionales de la inversión, es decir los clientes minoristas a los que se refiere el art. 78 bis de la Ley de Mercado de Valores (LMV). Y ello porque esta norma, como bien se refleja en la sentencia dictada por la Juez a quo, impone unas especiales exigencias en cuanto a la información, consciente de la gran complejidad de los productos financieros.

A este respecto no hay sino que recordar lo establecido en el art. 79 bis de la LMV, al señalar que:

”Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; y sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad



pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente. La entidad proporcionará al cliente por escrito o mediante otro soporte duradero una descripción de cómo se ajusta la recomendación realizada a las características y objetivos del inversor."

Ciertamente tales exigencias no parece que se vean satisfechas con el test de conveniencia antes señalado, que parece diseñado más para cumplir un trámite que para hacer un verdadero estudio del perfil del cliente y la adecuación del producto financiero ofrecido, dado el tenor de las preguntas que en el mismo se contienen.

Tal vez consciente de estas carencias por la recurrente se insiste en el recurso, especialmente en el motivo segundo del mismo, que Caja Madrid no asumió en ningún momento funciones de asesoramiento en materia de inversiones, alegación que no quiere sino apoyarse en una visión formalista de los contratos firmados, cuando la realidad es muy otra, pues no estamos sino ante un producto de la propia Caja Madrid, aunque se realice a través de otra sociedad, pero del mismo grupo, comercializada por Caja Madrid y por tanto con interés evidente de vender tales productos para obtener capital para sus fines sociales. Es un producto creado, gestionado y vendido por Caja Madrid, cualquiera que sea el ropaje jurídico empleado para ello, y, por tanto, no puede negarse su asesoramiento a los clientes y su pretensión de que los mismos suscribieran esas participaciones preferentes.

A este respecto resulta ilustrativa la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 23 de julio de 2013, cuando señala que:

"No obstante lo anterior, no puede desconocerse que si bien determinados productos, en su origen e ideación, tenían como destinatario un sector muy concreto de la población (personas con conocimientos avanzados en materia de inversiones en los mercados de valores), en el panorama financiero actual no puede decirse que esto sea así; muy al contrario, la realidad muestra que la comercialización de los productos financieros complejos (el de las participaciones preferentes lo es) se ha generalizado "ofreciéndose" a personas, como se ha dicho, con conocimientos escasos o nulos sobre tales productos (en muchos casos ni siquiera saben qué es lo que han contratado) y en los que la entidad bancaria no adopta precisamente en la contratación una actitud pasiva, sino que es la que viene a ofrecer a sus clientes tales productos, en ocasiones, a personas respecto de las cuales resulta muy discutible que les pueda siquiera convenir.

A mayores debe señalarse que la comercialización masiva de las participaciones preferentes en los últimos años ha sido, precisamente, la necesidad de financiación de determinadas entidades financieras, pues la inversión que realizaban los partícipes se integraba como patrimonio neto y no como pasivo, permitiendo mayor liquidez a las mismas; es decir, que iban dirigidas a transformar en patrimonio neto el pasivo de clientes de las entidades de crédito que tenían sus ahorros en depósitos bancarios, como una política de reforzamiento de sus recursos propios, hasta el punto de que, a su carácter complejo, debe unirse la forma más que torpe en que han sido comercializadas por las entidades de crédito, hasta el punto de han colocado una importante parte de sus participaciones preferentes entre sus clientes minoristas, que tenían sus ahorros asegurados en depósitos a plazo fijo de la propia entidad y los han visto transformados en instrumentos híbridos de alto riesgo, desconociendo la inversión que se les ofrecía, ya que en la mayor parte de los supuestos el cliente no recibía la información necesaria que le permitiese comprender el tipo y características esenciales de la inversión que realizaba, ni se le garantizaba la seguridad del producto ni su disponibilidad.

TERCERO: El problema que se deriva de la comercialización de este producto es que se trata de un producto de carácter complejo y de alto riesgo, por lo que impone un determinado perfil de cliente y unas especiales exigencias en cuanto a información, que no se satisfacen con la simple firma y entrega al cliente de un extensa y abrumadora documentación, sino de una información directa, personal y clara sobre el tipo de producto y, sobre todo, sobre los riesgos del mismo, y esto no como una mera invocación en términos de probabilidad, sino como información real y ejemplificada de esos riesgos.

El Tribunal Supremo ha destacado estas circunstancias, y así en la sentencia de 19 de abril de 2013, señala:

"Los recurrentes reprochan a la sentencia de la Audiencia Provincial que no aplica debidamente el art. 79 de la Ley del Mercado de Valores. Alegan que la empresa que presta servicios de inversión no puede eludir su responsabilidad cuando las inversiones aconsejadas al cliente son incompatibles con su perfil de inversor.

Los valores negociables son activos financieros que, por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, son susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera (cfr. art. 3 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre). Son bienes potencialmente fructíferos cuyo valor reside en los derechos económicos y de otra naturaleza que incorporan. Dada su complejidad, solo son evaluables en aspectos tales como la rentabilidad, la liquidez y el riesgo por medio de un proceso informativo claro, preciso y completo.



La información es muy importante en este ámbito de la contratación. De ahí el estándar elevado impuesto al profesional en la normativa que ha sido examinada [Ley del Mercado de Valores, Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID, Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo o la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, que desarrolla parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios]. El suministro de una deficiente información por parte de la empresa que presta servicios de inversión al cliente puede suponer una negligencia determinante de la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Las normas reguladoras del mercado de valores exigen un especial deber de información a las empresas autorizadas para actuar en ese ámbito, como resulta del art. 79.1.e de la Ley del Mercado de Valores en la redacción vigente cuando se concertó el contrato (actualmente, de modo más detallado, en el art. 79.bis de dicha ley, que incorpora la Directiva MIFID) así como en la normativa reglamentaria que lo desarrolla (en el momento en que se concertó el contrato entre las partes y se propuso la compra de las participaciones preferentes de Lehman Brothers, art. 16 y anexo sobre código general de conducta del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo , art. 9 de la Orden Ministerial de 25 de octubre de 1995, y arts. 2 a 4 de la Orden Ministerial de 7 de octubre de 1999).

...

Esta Sala considera que una información como la facilitada por BBVA a los demandantes podría ser suficiente en el caso de otra relación contractual más simple, pero no lo es en el contrato de gestión discrecional de cartera de valores pues no alcanza el estándar de la conducta exigida al profesional con base en la normativa que lo regula y que ha sido expuesta.

En primer lugar, no se suministra una información completa y clara al inversor ni se actúa de buena fe cuando en el contrato existe una contradicción evidente entre la respuesta que da el inversor cuando se le pregunta por su perfil de riesgo y la elección de los valores en que se puede invertir. Los demandantes optaron por un perfil de riesgo "muy bajo", que era el más conservador de los cinco posibles. Si la empleada del banco que les atendió marcó a continuación, y tras preguntar a los clientes, en las casillas que posibilitaban invertir en valores de riesgo elevado (pues marcó todas las casillas salvo la residual de "cualesquiera contratos u operaciones..."), es evidente que existe una contradicción no explicada ni resuelta. Es significativo que en la cláusula del contrato relativa al perfil de riesgo, tras indicar a qué responde cada uno de los perfiles posibles (de "muy bajo" a "muy alto") se añade: "además, se tomarán en cuenta los activos seleccionados en la cláusula cuarta [valores a contratar], de modo que sea coherente el perfil inversor y las operaciones que pueden realizarse". En este caso, la incoherencia es palmaria y no ha sido justificada.

No se acepta la tesis de la sentencia de la Audiencia Provincial que justifica la corrección de la actuación de BBVA en que la normativa reguladora del mercado de valores no impide a clientes conservadores solicitar inversiones en productos de riesgo. Lo relevante es que ese plus de buena fe y diligencia a observar por la empresa que actúa en el mercado de valores exige que ésta ponga de manifiesto al cliente la incoherencia existente entre el perfil de riesgo elegido (que por los términos en que se define, riesgo muy bajo, bajo, medio, alto o muy alto, es fácilmente comprensible) y los productos de inversión aceptados por el cliente (productos cuya comprensión cabal exige conocimientos expertos en el mercado de valores) y de este modo asegurarse que la información facilitada al cliente es clara y ha sido entendida.

Se observa además que los términos empleados en el contrato para advertir al inversor del riesgo de determinados productos no cumplen las exigencias de claridad y precisión en la información. Contienen vaguedades ("...lo que puede dar lugar a que éste no tenga todo el éxito previsto", "... comportan riesgos adicionales a los de las inversiones de contado por el apalancamiento que conllevan...", etc.) o 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 ("el cliente... dispone de conocimiento e información suficientes de la mecánica de funcionamiento de estas inversiones...").

...

El hecho de que el codemandante fuera empresario tampoco puede justificar que el banco hubiera cumplido las obligaciones que la normativa legal del mercado de valores le impone. La actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto, que no lo da la actuación empresarial en un campo como el de los derribos, que es a lo que se dedican las empresas de que el codemandante es administrador. Que en el periodo inmediatamente anterior, a raíz de resultar agraciados con un premio de un sorteo de la ONCE, hubieran realizado algunas inversiones tampoco es suficiente para considerar a los demandantes como clientes expertos y eximir a la empresa que presta los servicios de inversión del cumplimiento del elevado estándar de información que le es exigible.



Tampoco el hecho de que los codemandantes estuvieran acompañados Don. Gregorio , asesor laboral y contable de las empresas de las que el codemandante era administrador, supone que la información que se les facilitó fuera suficiente. La condición de asesor laboral y contable de empresas de construcción que tenía este asesor no presupone conocimientos avanzados sobre los riesgos específicos de productos financieros y valores negociables complejos como los contratados por BBVA por cuenta de los demandantes y por tanto no eximen a la empresa que opera en el mercado de valores de la obligación de facilitar una información completa, clara y precisa sobre este extremo. En este sentido se pronuncia la sentencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán) de 22 de marzo de 2011, en el asunto con referencia XI ZR 33/10 . Lo acontecido supone tan solo que los demandantes se hicieron acompañar por alguien con más formación que ellos en su relación con las entidades bancarias y en el mundo de la contratación, pero eso no es bastante para eximir al profesional del mercado de valores de facilitar la información completa, clara y precisa que le exige la normativa aplicable.

Que BBVA informara a los demandantes de haber adquirido para ellos las participaciones preferentes y les remitiera informaciones periódicas sobre la evolución de la inversión tampoco supone el cumplimiento del estándar de información exigible, pues tal información no contiene los datos necesarios para que los demandantes pudieran saber que los productos no se ajustaban al perfil de riesgo muy bajo por el que habían optado.

Por último, el hecho de que los demandantes hayan conservado participaciones preferentes de BNP adquiridas junto con las de Lehman Brothers, siendo cierto que supone un dato discordante en la solución del recurso, no puede por sí solo eximir de responsabilidad a BBVA. Tal circunstancia no desvirtúa el incumplimiento de sus obligaciones como empresa del mercado de valores en sus relaciones con el cliente. Tampoco se ha alegado que, como gestor de la cartera, BBVA haya propuesto siquiera a los demandantes una inversión más acorde a su perfil que éstos hayan rechazado.

En conclusión, el banco no cumplió el estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo (así los define la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y así se acepta en la sentencia de la Audiencia Provincial) sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo muy bajo que habían seleccionado al concertar el contrato de gestión discrecional de carteras de inversión. Este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas."

Esta sentencia es lo suficientemente descriptiva de la obligación de información y de la incorrecta comercialización de un producto complejo, que se ha extendido a clientes minoristas con perfiles inapropiados. Y eso igualmente es lo que ocurre en el presente caso, donde los perfiles de los demandantes no difieren de los que tenían los demandantes en esa sentencia, incluso son más bajos pues no estamos hablando de empresarios, ni de que éstos buscaran un asesoramiento externo, tal como ocurre en el supuesto de la sentencia. Por otro lado, hay que dar la razón a la Juez a quo, cuando señala, como ejemplo de la complejidad del producto y la mala información, las propias carencias de las testigos empleadas de la recurrente, carencias de conocimiento evidentes a pesar de los esfuerzos de la recurrente en tratar de acreditar lo contrario.

Aun reconociendo que no existe una posición unánime, pues ciertamente estamos ante un problema de formación de la voluntad negociadora, que se traduce en un error en el consentimiento contractual, y, por tanto, donde hay que estar a cada caso concreto, ya otras Audiencias han abordado el mismo problema que ahora se plantea en relación a la contratación de participaciones preferentes de la demandada por clientes minoristas, concluyendo en la existencia de ese error, así las Audiencias Provinciales de Cáceres, Secc. 1ª, de 15 de enero de 2014, de Palma de Mallorca, Secc. 5ª, de 30 de diciembre de 2013 o Madrid, Secc. 10ª, de 31 de octubre de 2013.

CUARTO: Como ya se señaló el escrito del recurso no hace sino desde distintas ópticas mantener la misma tesis de falta de error en la formación de la voluntad de los demandantes, volviendo a ello una y otra vez a través de los múltiples motivos que contiene, motivos que se contestan claramente con lo señalado hasta ahora. No obstante en el apartado quinto se introduce una nueva perspectiva que conviene ser respondida expresamente, al intentar apoyar su tesis sobre la doctrina de los actos propios. Lo que se afirma es que puesto que los demandantes ya adquirieron participaciones preferentes de la serie I unos años antes, preferentes que se canjearon por las de la serie II, en el año 2009, la adquisición de éstas supone un acto propio, pues no es sino una reiteración de aquella otra contratación. Ello, además, genera un estado de confianza en el conocimiento del producto que entronca con las reglas de la buena fe.

Ante ello hay que decir que la construcción de tales argumentaciones no pueden calificarse sino de artificiosas, pues la sucesión de contratos no implica ni nada tiene que ver con la doctrina de los actos propios, ni, en el caso



concreto, supone que puedan relajarse las exigencias de información, ni que no existieran las mismas carencias en relación a la adquisición de las participaciones preferentes serie I, pues ciertamente estamos, según afirma la propia recurrente, ante el mismo producto ofrecido por la misma entidad y a los mismos demandantes, y en ningún caso se ha hecho prueba de las condiciones de aquella contratación.

En esta misma línea también debemos destacar lo señalado en nuestra sentencia nº 254/14, de 30 de octubre, al señalar que:

Como señala la entidad bancaria recurrida, nos encontramos ante una demanda más por la suscripción de participaciones preferentes en el contexto de crisis económica. Pero ciertamente, tampoco de la documentación aportada por la entidad bancaria puede deducirse que en el presente caso la entidad bancaria demandada haya facilitado mayor información a estos **consumidores**.

En primer lugar, en cuanto a la suficiencia de la información valorada por la Juez de Primera Instancia se encuentra el folleto tríptico, cuya copia obra en los folios 170 y siguientes

De la lectura de dichos documentos, no cabe concluir resulten suficientes al objeto de revelar la posibilidad de conocimiento claro del producto contratado. Efectivamente, en ellos se refiere el carácter de producto complejo y perpetuo, aclarando que no constituye un depósito bancario. Sin embargo, la conclusión de que dicho folleto contiene una información suficiente y clara, comprensible para un **consumidor** medio, no resulta a todas luces del texto del referido folleto. De hecho, cuando señala que el pago de la remuneración está condicionado a la obtención de Beneficio distribuable, se señala que lo es "tal y como este término se define en el define en el apartado III.4.9.1 de la Nota de Valores ". Igualmente, como en numerosas resoluciones se ha destacado, resulta contradictorio con una información real de la carga económica del contrato, cuando se indica que el riesgo de la pérdida del valor nominal de las Participaciones Preferentes aparece contemplado como algo extraordinario ("en supuestos extremos de insuficiencia patrimonial del Emisor o del Garante"). No puede entenderse, del mismo modo, se supere el mínimo de transparencia requerida sobre las condiciones contratadas, la referencia a que, transcurridos cinco años desde la fecha de desembolso, pueda amortizar el cliente las participaciones; Tampoco advierte expresamente durante cuánto tiempo pueden no percibirse las remuneraciones ni las consecuencias que la falta de remuneración producirá a la hora de tratar de venderlas en un mercado secundario.

De la misma forma, tampoco hemos de compartir que la entidad bancaria ha acreditado haber completado de modo suficiente la información por la entrega de un resumen de riesgos firmado por uno de ellos. La Juez de Instancia entiende que es suficientemente comprensible y clara su terminología. Sin embargo, de su lectura es fácil constatar la compleja explicación de los términos para un **consumidor** medio. Pero, aún soslayando dicha cuestión, ni siquiera podríamos entender que dicho documento satisface la carga de probar se ha cumplido diligentemente con el deber de facilitar una información precontractual real, en cuanto todos son documentos prerredactados todos ellos, firmados en un mismo día, lo que sugiere son realizados para dar cobertura formal al contrato. Cobertura formal que resulta alejada de la cobertura real, cuando ni siquiera se reconoce se le facilitó información verbal complementaria, y se aporta un test de conveniencia, cuyo relleno y resultado no deja de sorprender. Los dos **consumidores** carecen de formación, y más aún de formación financiera, pero se le señala que entiende la terminología y conocen los aspectos necesarios; y es más, contradictoriamente, en el apartado del conocimiento de las variables que intervienen en la evolución del producto, no se recoge siquiera conozcan tal funcionamiento. Y aún así se califica de conveniente.

No comparte esta Audiencia, pues, que dichos documentos satisfagan las exigencias de información. La información ha de ser completa y adecuada y contener una explicación real y asumible por un **consumidor** del producto. Ha de alcanzar al conocimiento de la carga económica del contrato y ha de responder al principio de la buena fe objetiva. Incumbe probar la suficiencia de la información a la entidad bancaria que la opone.

No hay que olvidar que esa concepción de las cláusulas genéricas supuestamente acreditativas de la recepción del información conecta con lo establecido en Art. 89.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios, que considera como cláusulas abusivas "las declaraciones de recepción o conformidad con hechos ficticios"; precepto del que puede inferirse que son nulas las declaraciones de ciencia si se acredita que los hechos a los que se refieren son inexistentes o "ficticios", como literalmente expresa el texto legal. La inclusión en el contrato de una declaración de ciencia o conocimiento o recepción de la preceptiva información no constituye por sí una prueba plena de que dicha información se haya producido. También el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de abril de 2013 ha señalado que tales cláusulas o declaraciones, no de voluntad sino de conocimiento, se revelan como fórmulas presupuestas por el profesional, vacías de contenido real si resultan contradichas por los hechos.

Las condiciones subjetivas de los **consumidores** recurrentes no evidencian posean informaciones y conocimientos específicos. Atendida su edad y ausencia de formación, habría de partirse de lo contrario. Por ello, la Sentencia de Instancia incurre en un error cuando entiende que corresponde a los demandantes probar



una deficiencia de conocimientos, pues contrariamente ante una información deficiente como se ha constatado, correspondería probar a la entidad bancaria que ha suplido la misma mediante una información complementaria, o la concurrencia de conocimientos financieros sobre productos complejos.

Pues bien, como se ha señalado en estas resoluciones se viene a contestar a los que hoy son también los argumentos que enfrentan a las partes, ya que como antes se dijo el presente caso no escapa de los supuestos que en ellas se analizan al tratarse del mismo tipo de inversor que es receptor de una similar forma de contratación que trata de completar todos los aspectos formales que se le exigen legalmente, de ahí el cúmulo de "papeles", pero que en realidad no ofrecen una información mínimamente fiable, más cuando como se ha dicho estamos ante clientes muy alejados de las características de aquellos para los que pudieran ir dirigidos estos productos de riesgo, clientes que no tienen por que ser analfabetos o personas que poca cultura, y a este respecto no hay que ver sino la sentencia del Tribunal Supremo antes mencionada, que está referida a un empresario.

Por otro lado, lo que se resalta en relación a la contratación anterior de participaciones preferentes, para justificar el conocimiento del producto y sus riesgos, ya se ha dicho en las sentencias antes transcritas que esa contratación no implica ese conocimiento ni que se esté actuando contra los propios actos, siendo productos sobre los que no se ha articulado prueba alguna, por lo que no podemos concluir que en aquellos casos se dio la información y se constató su recepción comprensible por los contratantes, de forma que ahora no puedan alegar desconocimiento del producto. Y a este respecto, debe señalarse el poco esfuerzo por parte de la demandada, que se limita a una aportación documental, sin traer a aquellos que formalizaron el contrato, para comprobar si realmente aquella información que se refleja en esos documentos se dio de forma comprensible, cuando la prueba de esa información le compete, y ello resta aun más fuerza probatoria a esos documentos, más cuando los mismos y muy especialmente el documento 11 de la contestación, que se resalta por la Juez a quo, ni tan siquiera está referido a la contratación de preferentes objeto de este procedimiento, sino a la anterior de 2009, por lo que ni siquiera tenemos constancia de que ese documento se le hubiera entregado para la firma a los demandantes en relación con la contratación de 2011, que es la que constituye el objeto de este procedimiento.

Es por todo lo anterior que la demanda debe ser estimada, declarando la nulidad de los contratos formalizados.

TERCERO: De conformidad con lo dispuesto en el Art. 1303, declarada la nulidad, procede la condena a la entidad bancaria a la devolución del capital invertido.

En el suplico de la demanda se pide que se declare esa nulidad ... *con restablecimiento de la situación anterior a la compra-venta de las participaciones preferentes reintegrando la cantidad de 120.000 €, más los intereses devengados desde la fecha de adquisición...*

Surge del recurso el problema de si debe condenarse a la no devolución de los rendimientos de esas participaciones preferentes, dado que en la demanda no se expresa de forma directa nada en relación a tales intereses y sin embargo ahora, en el recurso, se dice que no se deben devolver. La parte demandada señala al respecto que en la audiencia previa los demandantes asumieron la devolución y, por tanto, que la cantidad final a devolver no sea el principal de 120.000 €, sino esta cantidad menos los rendimientos obtenidos, esto es la cantidad de 113.261,58 €.

Tal alegación de la demandada resulta cierta, pues por la mala calidad del sonido de la grabación de la audiencia previa se convocó en esta alzada a una vista donde se admitió por ambas partes que la cantidad objeto de controversia se había reducido en aquél acto a 113.261,58 €, por lo que lógicamente ahora no cabe entrar en consideraciones sobre la devolución o no de los rendimientos obtenidos por la parte demandante, debiendo desestimarse este punto del recurso.

Sin embargo, la polémica que sí permanece hace referencia a si la demandada debe devolver el principal más los intereses legales, dado que en el suplico de la demanda se hace referencia a esa devolución más intereses (aunque no se menciona expresamente que sean los legales) y en la propia vista antes indicada por los recurrentes se dice que siguen solicitando esa entrega de intereses desde la fecha de suscripción de las participaciones preferentes, esto es desde el 12 de abril de 2011.

Pues bien, el Código Civil a la hora de regular la nulidad de los contratos establece la norma general contenida en el art. 1.303 de que declarada esa nulidad cada parte debe restituir aquello que recibió como consecuencia del contrato con sus frutos, que en el caso del precio serán los intereses. Es decir, el propio precepto ya establece que esa devolución debe implicar no sólo aquello que recíprocamente se entregaron las partes, sino los frutos obtenidos con ello y, por tanto, tratándose de cantidades los intereses que generen, ello en justa compensación por la falta de disponibilidad de la misma, lo que impide obtener sus correspondientes rendimientos (más cuando como en este caso se devuelven), y, a la vez, la disponibilidad por parte de quien



la ha tenido en su poder y ahora debe reintegrarla, lo que le ha permitido obtener los correspondientes rendimientos, más tratándose de una entidad bancaria, pues precisamente parte de su negocio es captar capital para negociar con él. Todo ello lo que viene es a sustentar legalmente la petición de los recurrentes de que el capital debe ser devuelto con los correspondientes intereses que, por no estar fijados, deben ser los legales.

CUARTO: En materia de costas y atendiendo a las de primera instancia, dado que estamos ante una estimación de la demanda, las mismas se deben imponer a la parte demandada, tal y como establece el art. 389 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y ello aunque la cantidad a devolver no sea la pedida en el suplico de la demanda, pues tal cantidad fue rectificada en el juicio oral a los solos efectos de compensarla con los intereses percibidos, lo que en ningún caso puede suponer una estimación parcial de ese suplico.

En cuanto a las costas de esta alzada, y puesto que estamos ante una estimación parcial de recurso, no se hace especial declaración, tal como establece el art. 398 de la L.E.C.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO:

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a. Rosa María Gómez Arroyo, en nombre y representación de D. Victor Manuel y D^a. Manuela, contra la sentencia nº 40/14, de 17 de marzo, dictada en el Juzgado nº 2 de Valdepeñas, procedimiento ordinario nº 711/12, debemos revocar y revocamos íntegramente dicha resolución acordando en su lugar la estimación de la demanda, declarando nulos los contratos formalizados por las partes de participaciones preferentes de fecha 12 de abril de 2011 y, en consecuencia, se condena a la demandada Bankia a abonar a los demandantes la cantidad de 113.261,58, más los intereses legales de esta cantidad desde el 11 de julio de 2011, incrementados en dos puntos desde la fecha de esta sentencia, así como al pago de las costas causadas en primera instancia; no se hace especial declaración en cuanto al pago de las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer ante este Tribunal Recurso de Casación del artículo 477.2.3º de la LEC y o extraordinario de infracción procesal, dentro del plazo de VEINTE días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla. Previa o simultáneamente a la presentación del recurso, deberá constituirse depósito por importe de 50 euros (CINCUENTA EUROS), cantidad que deberá ser ingresada en la Cuenta de Consignaciones de este órgano judicial 1376-0000-06 (casación) y 04 (infracción procesal)-00XX(número de rollo)-XX(año).

Igualmente a la interposición del recurso deberá el recurrente presentar justificante de pago de la TASA correspondiente, con arreglo al modelo oficial y debidamente validado, conforme determina el artículo 8.2. de la Ley 10/2012 de 20 de noviembre, que regula determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia.

Y una vez firme, devuélvanse los autos originales con testimonio de ella al Juzgado de procedencia a sus efectos.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Il^{mo}. Sr. Magistrado Ponente, hallándose el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de su fecha, doy fe.