



Roj: **SAP M 8070/2015 - ECLI:ES:APM:2015:8070**

Id Cendoj: **28079370132015100202**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **13**

Fecha: **12/06/2015**

Nº de Recurso: **550/2014**

Nº de Resolución: **207/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **CARLOS CEZON GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimotercera

C/ Ferraz, 41 , Planta 3 - 28008

Tfno.: 914933911

37007740

N.I.G.: 28.005.00.2-2014/0001116

Recurso de Apelación 550/2014

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 05 de Alcalá de Henares

Autos de Procedimiento Ordinario 131/2014

APELANTE: BANKIA SA

PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO ABAJO ABRIL

APELADO: D./Dña. Pura

PROCURADOR D./Dña. VERA GEMA CONDE BALLESTEROS

SENTENCIA N° 207/2015

TRIBUNAL QUE LO DICTA :

ILMO. SR. PRESIDENTE

D. MODESTO DE BUSTOS GÓMEZ RICO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. CARLOS CEZON GONZÁLEZ

D. JOSÉ GONZÁLEZ OLLEROS

Siendo Magistrado Ponente **D. CARLOS CEZON GONZÁLEZ**

En Madrid, a doce de junio de dos mil quince. La Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario sobre reclamación de cantidad, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Alcalá de Henares, seguidos entre partes, de una, como demandante-apelada, Dª Pura , representada por la Procuradora Dª Vera Conde Ballesteros y asistida del Letrado D. Santiago Viciano Esteban, y de otra, como demandado-apelante BANKIA, representada por el Procurador D. Francisco José Abajo Abril y asistida de Letrada Dª Paloma Lavilla Ezquerro.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por el Juzgado de Primera Instancia Cinco de los de Alcalá de Henares (antiguo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Ocho), en el indicado procedimiento de juicio ordinario 131/2014, se dictó, con fecha 13 de junio de 2014, sentencia con Fallo del siguiente tenor:

"Que ESTIMO la demanda por D^a Pura contra Bankia S.A. y, en su virtud, declaro la nulidad del contrato u orden de suscripción n^o NUM000 de fecha 26 de mayo de 2009 para la suscripción de 1.000 participaciones preferentes de Caja Madrid Finance Preferred Serie II (2009) y de todos los demás acuerdos conexos y subsiguientes, condeno a la demandada a pagar a la actora la cantidad de CIEN MIL EUROS en concepto de principal, correspondiente a las cantidades depositadas en la actualidad por su mandante, con los intereses legales de dicho importe, devengados desde la contratación del producto, hasta su total satisfacción, pero deduciendo de dichos importes las cantidades percibidas por la actora como intereses brutos abonados por la demandada, más sus intereses devengados por las correspondientes sumas desde el momento de la percepción.

"Las costas serán abonadas por la parte demandada".

SEGUNDO. Contra dicha resolución interpuso recurso de apelación Bankia S.A.

TERCERO. Las actuaciones se registraron en esta Audiencia Provincial el **19 de septiembre del pasado año**. Correspondió, por reparto, el conocimiento del recurso a esta Sección Decimotercera. Fue incoado el correspondiente rollo y se asignó ponencia, con arreglo a las normas preestablecidas al efecto. Se señaló para la DELIBERACIÓN, VOTACIÓN y FALLO del recurso el día 3 de junio de este año y dicho día fue examinada y decidida la apelación por este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El Tribunal acepta en lo sustancial los Fundamentos de Derecho de la sentencia recurrida.

SEGUNDO. La actora, doña Pura, formuló demanda contra Bankia S.A. (Bankia desde ahora) interesando la declaración de nulidad de la orden a Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (antecesora de Bankia) de 26 de mayo de 2009, de suscripción de 1.000 títulos de participaciones preferentes Caja Madrid 2009 (documento 3 de los de la demanda y 7 de los de la contestación y la restitución de la cantidad entregada (100.000 euros) y devolución o minoración de la cantidad a recibir de las cantidades por ella percibidas en concepto de intereses. Se fundaba la petición de declaración de nulidad (subsidiariamente de anulabilidad) en vicio en el consentimiento (error y dolo) causado por la actuación de la entidad financiera, que incumplió el deber de ofrecer a la actora la debida información clara y precisa sobre el producto en la fase precontractual y en el momento mismo de contratar (apartado 5.10 de la demanda).

La sentencia de la primera instancia estimó íntegramente la demanda, con condena en costas a la demandada, y contra tal sentencia, Bankia interpuso recurso de apelación con fundamento en las siguientes alegaciones:

[-Primera.-] De la desestimación de la excepción de caducidad de la acción.

[-Segunda.-] Breve adelanto de los motivos que justifican la estimación del recurso.

[-Tercera.-] De la relación contractual existente entre la parte actora y Bankia: ausencia de labores de asesoramiento financiero a la parte actora.

[-Cuarta.-] Error en la valoración de la prueba sobre el vicio de consentimiento alegado por la parte actora en la compra de títulos.

[-Quinta.-] Error en relación con la carga de la prueba: deber de probar la existencia de vicio o error en el consentimiento prestado en la adquisición de títulos por quien lo alega.

[-Sexta.-] Sobre el supuesto incumplimiento por parte de Bankia de su obligación de informar. Entrega de la documentación exigible en el momento de la contratación.

[-Séptima.-] Inexistencia de un supuesto de nulidad radical como erróneamente se califica en la demanda.

[-Octava.-] Inexistencia de nulidad por infracción de normas imperativas.

[-Novena.-] Inexistencia de incumplimiento contractual.

[-Décima.-] Inexistencia de conflicto de intereses.

[-Undécima.-] Imposición a la parte demandante de las costas tanto de la primera como de la presente instancia.



TERCERO. [-Uno.-] Por lo que atañe al concepto y regulación legal de las participaciones preferentes y sobre la obligación de información de las empresas de servicios de inversión, se reproduce lo expuesto al respecto en nuestras sentencias de 6 de octubre y 10 y 18 de diciembre de 2014 (rollos 702/13 , 237/14 y 205/14) y de 20 de enero y 4 de marzo de este año (rollos 201/14 y 270/14), derivadas de la de 25 de junio de 2014 (rollo 737/13 , ponente señor de Bustos, Fundamento de Derecho Tercero):

"...pasamos a sintetizar la naturaleza y los caracteres más significativos de dicho producto financiero del siguiente modo:

"a) Las participaciones preferentes, según las define el Banco de España, son un instrumento de deuda emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y su plazo es ilimitado, aunque el emisor se reserva el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años previa autorización del supervisor (en el caso de las entidades financieras, el Banco de España).

"Su regulación legal está contenida en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión , Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, Ley 19/2003, de 4 de julio, modificada por el artículo 1.10 de la Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se traspone a nuestro derecho la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, y Decreto-Ley 24/2012, de 31 de agosto, de Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito".

Después, Ley 9/2012, de 14 de noviembre. Seguíamos diciendo en las anteriores sentencias:

"b) Son emitidas por una entidad de crédito española o por una sociedad anónima residente en España o en un territorio de la Unión Europea, que no tenga la condición de paraíso fiscal.

"c) Las condiciones de emisión fijarán la remuneración que tendrán derecho a percibir los tenedores de las participaciones, la cual no es acumulativa y está condicionada a la obtención de beneficios suficientes o reservas distribuibles por parte de una entidad, distinta de la emisora, que actúa como garante. Su rentabilidad no es automática ni está garantizada.

"El Consejo de administración de la entidad emisora o matriz podrá cancelar discrecionalmente, cuando lo considere necesario, el pago de la remuneración durante un período ilimitado.

"El pago de la remuneración podrá ser sustituido, si así lo establecen las condiciones de emisión, por la entrega de acciones ordinarias, cuotas participativas o aportaciones al capital de las cooperativas de crédito, de la entidad de crédito emisora o matriz.

"La participación preferente tampoco confiere derecho de participación en las ganancias repartibles del emisor ni participa de la revalorización del patrimonio de éste.

"d) No otorga a sus titulares derechos políticos respecto de la entidad emisora por lo que no pueden influir en su gestión, salvo en los casos excepcionales en que se establezcan en las condiciones de emisión.

"e) No confiere derecho de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones.

"f) Tiene carácter perpetuo. Característica imprescindible para que contablemente puedan computar las participaciones como recurso propio, aunque la entidad emisora se reserve la posibilidad de amortizar la emisión transcurridos al menos cinco años desde su desembolso, a su conveniencia. No atribuye por tanto derecho a la restitución de su valor nominal, ni derecho de crédito contra la entidad emisora por el que su titular pueda exigir a ésta la restitución del valor invertido en ella.

"g) Es de liquidez limitada, pues solo puede obtenerse mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que cotice, que constituye el único medio de recuperación del nominal de la participación o de una parte de él. Por lo que ésta, lejos de ser un valor, pasa a convertirse en un instrumento de inversión de máximo riesgo carente de rentabilidad, liquidez y seguridad, induciendo a engaño su incorrecta denominación, que no otorga preferencia alguna a la inversión sino todo lo contrario.

"h) No disfruta de la garantía de los depósitos, pues en los supuestos de liquidación o disolución u otros análogos, de la entidad de crédito emisora o de la dominante, dentro del orden de prelación de créditos se sitúan por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados y solo están por delante de las acciones ordinarias.

"i) Es un producto complejo con un alto nivel de riesgo. Viene a ser un valor de capital cautivo al estar desprovisto de cualquier derecho de participación en los órganos sociales de la entidad emisora, que permitiera a su titular participar en el control del riesgo asumido, puesto que carece de voz y de voto en el seno de la sociedad, del derecho de información y de suscripción preferente.

"La Ley del Mercado de Valores -artículo 79 bis, 8º, letra a - considera como valores no complejos a los típicamente desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas o valores ordinarios, cuyo riesgo es de general conocimiento. Además considera valores no complejos aquéllos en los que concurran las siguientes condiciones: 1.- Que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación a precios públicamente disponibles en el mercado; 2.- Que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento; 3.- Que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características y que ésta sea comprensible, de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza un operación en ese instrumento.

"De forma que, según la misma Ley del Mercado de Valores (artículo 79 bis), la empresa de servicios de inversión que asesore, coloque, comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos debe cumplir las siguientes obligaciones:

"1. De 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 poder recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan.

"2. Deber de abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente minorista cuando la entidad no obtenga la referida información.

"3. Deber de solicitar al cliente minorista información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

"4. Obligación de advertir al cliente que el instrumento financiero no es adecuado para él si, sobre la base de esa información, la entidad así lo considera.

"5. En caso de que el cliente no proporcione la información requerida o ésta sea insuficiente, la entidad tiene el deber de advertirle de que ello le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

"Aunque el incumplimiento de estas obligaciones no constituye en sí mismo una causa de nulidad del instrumento financiero que se contrata, al no sancionarlo así la norma, ello no deja de adquirir relevancia en la formación del consentimiento que emite el cliente minorista y así ya lo dijimos en nuestras sentencias de 14 de febrero de 2012 (Recurso 527/2011) y de 28 y 29 de enero de 2014 (Recursos 167/2013 y 187/2013): « Es cierto que el incumplimiento de esta normativa administrativa no produce por sí mismo y sin más la nulidad del contrato financiero concertado, pero sí tiene sustancial trascendencia para determinar si el cliente, en función de su preparación financiera, nivel de formación y experiencia, era plenamente consciente de las obligaciones y riesgos que asumía y, en definitiva, si pudo o no incurrir en un error grave y esencial sobre lo que contrataba y sobre sus condiciones, en otros términos, si el consentimiento prestado estaba o no suficientemente formado »".

[-Dos.-] En el mismo orden de cosas, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, dispone en su artículo 79 bis, apartados dos y tres (redacción dada por la Ley 47/2007):

"2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.

"3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, 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 ordenes 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 del producto financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

"La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

"La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias".

El artículo 60, apartado uno, del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , sorbe el régimen jurídico de los servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, e instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, dispone:



"A los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis.2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, toda información, incluidas las comunicaciones publicitarias, dirigidas a clientes minoristas, incluso potenciales, o difundida de tal manera que probablemente sea recibida por los mismos, deberá cumplir las condiciones establecidas en este artículo. En particular:

"a) La información deberá incluir el nombre de la entidad que presta los servicios de inversión.

"b) La información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible.

"c) La información será suficiente y se presentará en forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios.

"d) La información no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes.

"e) Cuando la información haga referencia a un régimen fiscal particular, deberá aclarar de forma visible que ese régimen dependerá de las circunstancias individuales de cada cliente y que puede variar en el futuro.

"f) En ningún caso se podrá incluir en la información el nombre de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, o de otra autoridad competente de manera que indique o pueda inducir a pensar que la autoridad aprueba o respalda los productos o los servicios de la empresa".

Y en los apartados uno y dos del artículo 64 del mismo Real Decreto se establece:

"1. Las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, 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. En la descripción se deberá incluir una descripción 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.

"2. 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 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 ese tipo de instrumentos".

[-Tres.-] Como ya dijimos en nuestras sentencias de 25 de junio del pasado año (rollo 737/13) y de 20 de enero del presente (rollo 201/14), si para que el contrato se perfeccione, cualquiera que sea su clase o naturaleza, es preciso que los contratantes emitan su consentimiento de modo libre, voluntario y suficientemente informado a tenor de lo dispuesto en los artículos 1254, 1258, 1261, primero, y 1262 del Código Civil, es consecuencia obligada de tal exigencia que si aquél existe pero se ha prestado por error, violencia, intimidación o dolo, el negocio jurídico devenga anulable según se dispone en los artículos 1265 y 1266 en relación con los artículos 1300 y siguientes del mismo código. Ahora bien, para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones o características de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, y, además, que sea esencial, por carecer de alguna de esas condiciones que se le atribuyen o no ser como se le ha informado, que son las que, de modo primordial, determinaron la voluntad contractual, y que sea excusable, en el sentido de que no pudo ser evitado por quien lo padeció conforme a una diligencia media o regular que, en ámbitos como el presente, descansa en la confianza y fiabilidad que le merece el oferente - Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2006, 13 de febrero de 2007, 17 de junio y 12 de noviembre de 2010 -. En definitiva, el error invalidante del contrato existe cuando se genera una representación equivocada de la base negocial sobre la que descansa el contrato, por una creencia inexacta o no explicada de un elemento relevante del mismo que, por ello, es desconocido y que de haberlo conocido la parte seguramente no lo hubiera perfeccionado. Salvo que la simplicidad del negocio jurídico concertado y el modo en que alcanza su consumación permita su comprensión sin unos conocimientos financieros específicos ni una información cualificada.

Sobre el error como vicio del consentimiento y su excusabilidad, se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002 :

"Ha de recordarse la reiterada doctrina de esta Sala (Sentencias de 9 de abril de 1980 , 4 de enero y 27 de mayo de 1982 y 14 de febrero de 1994 , entre otras) respecto a que el error en el objeto, al que se refiere el párrafo 1º del artículo 1266 del Código Civil (...) será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne los siguientes requisitos:

"a) Ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio, atendida la finalidad de éste.

"b) Que no sea imputable al que lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de trasladarse la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración (sentencias de 18 de febrero y 3 de marzo de 1994 " .

Y la Sentencia del mismo Tribunal de 8 de julio de 2014 , sobre excusabilidad y deber de información en materia de servicios de inversión, mediando una relación de asesoramiento financiero:

"(...) A partir de las anteriores consideraciones relativas al deber de información de la entidad financiera con el cliente minorista en la contratación de productos complejos, en la STS nº 840/2013 se fijó, tras analizarse en ella la reiterada doctrina de esta Sala sobre los requisitos del error vicio de consentimiento, la doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento de ese deber en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando hay un servicio de asesoramiento financiero, doctrina que se reitera en la presente sentencia y que puede resumirse en los siguientes puntos:

"1. El incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.

"2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el swap.

"3. La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMNV)- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no el incumplimiento del deber de información.

"4. El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente.

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

"En el mismo sentido se han dictado las sentencias de 7 de julio de 2014 (Recursos 892/2012 y 1520/2012)".

Por último, se dice en las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 (Pleno de la Sala Primera), 10 de septiembre de 2014 y 12 de enero de 2015 , sobre el error invalidante del consentimiento en los contratos de inversión:

"...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 CC 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 CC). 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 al contratar ignoraba. 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. Así se declaró en la sentencia de esta sala núm. 113/1994, de 18 de febrero .

"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 este sentido, sentencia de esta sala núm. 829/2006, de 17 de julio , y las que en ella se citan).

"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 sentencia num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 " .

En particular, en la citada de 12 de enero de 2015:

"Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, lo que implica que debe facilitar la información correcta en la promoción y oferta de sus productos y servicios y no solamente en la documentación de formalización del contrato mediante condiciones generales, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

La Sentencia anterior hace referencia con su mención a la Directiva a la 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, anterior a la Directiva FiFID, de 2004, y el Real



Decreto 629/1993, de 3 de mayo, ha sido derogado por el actualmente vigente 217/2008. La Sentencia cita estas disposiciones por su aplicabilidad por causas temporales.

CUARTO. Según tenemos dicho en numerosas sentencias y, entre las más recientes, en las de 23 de abril de 2015 (rollo 591/14) y 2 de junio siguiente (rollo 689/14), no nos hallamos ante un caso de inexistencia del contrato o de nulidad absoluta por falta de un elemento esencial para su perfección de los que se enumeran en el artículo 1261 del Código Civil , sino ante el supuesto de nulidad relativa o anulabilidad por la existencia de todos pero uno de ellos viciado por error, en concreto el consentimiento prestado por el demandante, que origina su invalidez a tenor de lo dispuesto en los artículos 1265 y 1266 del mismo Código . Vicio que, a diferencia de la inexistencia de los requisitos que expresa el artículo 1261, que produce la nulidad absoluta del negocio jurídico, para que produzca efecto invalidante debe denunciarse a través de la oportuna acción dentro del plazo de caducidad de cuatro años contados, cuando aquél proviene del error en la prestación del consentimiento, desde la consumación del contrato, según se infiere de cuanto se dispone en los artículos 1300 y 1301 del Código Civil , de modo que la inacción por tal período sana o purifica el contrato inicialmente anulable.

La cuestión que suscita por la demandada versa sobre qué debe entenderse por consumación del contrato como concepto que marca el día inicial del cómputo del plazo de caducidad de la acción, que a su entender coincide con la perfección del contrato. Sin embargo, tal interpretación no puede sostenerse a tenor de los literales términos del artículo 1301, pues mientras la perfección del contrato se produce por el concurso de voluntades (consentimiento) sobre la cosa y la causa que han de constituir aquel ex artículos 1254 , 1258 y 1262 del Código Civil , la consumación solo tiene lugar cuando el contrato, sobre todo si es de tracto sucesivo, se ha cumplido en su totalidad por las partes, esto es, cuando se han agotado sus efectos, pues de otro modo se imposibilitaría la acción de anulación cuando el vicio en el consentimiento se descubre con posterioridad a la perfección y transcurrido ya el plazo de caducidad, por descansar en el engaño o la ocultación de la verdadera naturaleza y efectos del negocio, a la par que se primaría a quien, con su conducta engañosa u omisiva de una información leal, veraz y completa sobre el objeto, mueve y determina la voluntad de la otra parte a celebrar un contrato que de no concurrir tal ocultación no hubiera manifestado.

La cuestión ha sido definitivamente resuelta por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 12 de enero de 2015 que, entre otros, contiene los siguientes razonamientos:

"No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil , con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio , que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce « la realización de todas las obligaciones » (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897 , 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), « cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes » (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando « se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó » (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983).

"Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003 :

"Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó".

Y añade la Sentencia del Tribunal Supremo citada de 2015:

" En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

"En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.



"Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error".

Máxime en un caso como el presente en que Caja Madrid era garante de la emisión y la entidad emisora, Caja Madrid Finance Preferred S.A., una sociedad participada directa o indirectamente al 100 por ciento por Caja Madrid (tríptico resumen de la emisión, documento 3 de los de la demanda y 9 de los de la contestación, apartado "Factores de riesgo del Emisor y del Garante").

La remuneración de las preferentes Caja Madrid 2009 dejó de pagarse en julio de 2012 (documento 12 de los de la contestación a la demanda) y la demanda origen de esta *litis* fue formulada en febrero de 2014.

La excepción de caducidad de la acción fue acertadamente rechazada por el juzgador de primera instancia.

QUINTO. [-Uno.-] No se encuentran indicios de clase alguna en el proceso de que la demandante, doña Pura , fuese persona instruida en materia financiera y con habilidades y experiencia en ese campo, diciéndose en la demanda que había dedicado su vida al cuidado de la familia y desempeño de las tareas del hogar. Tampoco que contase con un asesoramiento cualificado a través de su esposo, don Porfirio , que era la persona que solía ocuparse de las cuestiones de dinero que afectaban a la familia o a sus negocios, en la sucursal de Caja Madrid de la calle Libreros de Alcalá de Henares, de la que el matrimonio era cliente ya a lo largo de muchos años y con cuyo director -en la época de suscripción de las preferentes de este proceso- el esposo de la demandante mantenía una relación de confianza, como también se dice en la demanda, lo que no ha sido contradicho por la demandada.

[-Dos.-] La adquisición de participaciones preferentes por parte de doña Pura fue a propuesta e iniciativa de la entidad de ahorro, que presentó el producto como muy interesante por su rendimiento (un 7 por ciento anual de remuneración durante los cinco primeros años y, después, el Euribor a 3 meses más un 4,75 por ciento) y seguro, en cuanto producto de Caja Madrid. Así, en el Fundamento de Derecho Undécimo de la sentencia apelada:

"Pues bien, analizando la prueba practicada, y en particular la documental aportada, se concluye indubitadamente que, con motivo de una campaña decidida por Cajamadrid y dentro de un tiempo determinado, se llamaron a los clientes de la sucursal a fin de ofrecerles el nuevo producto de las preferentes de las cuales, afirma el demandado, se informó detalladamente a los interesados.

"En realidad, los pormenores de la suscripción no son especialmente relevantes. Sí lo es el hecho probado, por notorio, de que la iniciativa en la comercialización del producto correspondió en todo caso a la entidad bancaria, cuyo personal había recibido formación técnica específica, recomendación comercial e incluso -en algún caso- incentivos por logro de objetivos globales, para la colocación de las participaciones entre sus clientes".

[-Tres.-] El 26 de mayo de 2009 doña Pura firmó la orden de suscripción de 1.000 títulos de participaciones preferentes Caja Madrid 2009, por un nominal de 100.000 euros, fecha valor 7 de julio siguiente, vencimiento perpetuo, figurando al pie de la orden de suscripción, después de la firma de la adquirente:

"El ordenante declara que ha recibido información sobre el instrumento financiero al que se refiere esta orden. Asimismo declara que con fecha 26/05/2009 ha realizado el test de conveniencia facilitando la información para evaluar, según sus conocimientos y experiencia inversora en relación con el producto, la adecuación o no de la inversión, resultando conveniente para realizar la misma.

"La presente orden es irrevocable".

La orden de suscripción obra en autos como documento 3 de los de la demanda y 7 de los de la contestación.

Igualmente firmó el mismo día un test de conveniencia (documento 7 de los de la demanda y 10 de los de la contestación) y un documento de información de las condiciones de prestación de servicios de inversión de Caja Madrid (documento 9 de los de la demanda y 8 de los de la contestación). En el mismo figuraba la actora clasificada como cliente minorista y al pie del test venía que el resultado del test era "conveniente" y que esto significaba que, conforme a la información facilitada por el cliente, el producto para el que se había realizado el test (participaciones preferentes Caja Madrid 2009) resultaba conveniente para su contratación en ese momento o en el futuro.

[-Cuatro.-] También suscribió doña Pura un documento sin fecha (sin razón alguna para entender que fuese signado antes del 26 de mayo del indicado año) conocido como ficha del producto o tríptico resumen del folleto (documento 8 de los de la demanda y 9 de los de la contestación), en el que, entre otras cosas, se hacía constar (los subrayados vienen en el original):

"1. ASPECTOS RELEVANTES A TENER EN CUENTA POR EL INVERSOR.

"La inversión en Participaciones Preferentes Serie II está sujeta a riesgos específicos que se resumen a continuación:

"Las Participaciones Preferentes Serie II son un producto complejo y de carácter perpetuo .

"La presente emisión no constituye un depósito bancario y, en consecuencia, no se incluye entre las garantías del Fondo de Garantía de Depósitos.

"El adjetivo 'preferente' que la legislación española otorga a las participaciones preferentes NO significa que sus titulares tengan la condición de acreedores privilegiados" .

Con expresión de los diferentes factores de riesgo de los valores (con explicación): riesgo de no percepción de las remuneraciones, riesgo de absorción de pérdidas, riesgo de perpetuidad, riesgo de orden de prelación, riesgo de mercado, riesgo de iliquidez o representatividad de las participaciones preferentes en el mercado, riesgo de liquidación de la emisión, riesgo de variación de la calidad crediticia y factores de riesgo del emisor y del garante. En el apartado de características de la emisión figura Caja Madrid Finance Preferred como emisora y Caja Madrid como garante, valor nominal 100 euros, plazo perpetuo, con posibilidad de que el emisor amortice anticipadamente a partir del quinto año, remuneración entre la fecha de desembolso y el 7 de julio de 2014, un 7 por ciento anual e interés variable (euribor a tres meses más 4,75 por ciento) desde el 7 de julio de 2014, periodicidad de la remuneración trimestral.

Al final (solo en el documento 9 de los de la contestación), el espacio para las firmas bajo la expresión:

"Por la presente declaro haber recibido la información contenida en las hojas precedentes.

"Firma del suscriptor o de su representante legal" .

[-Cinco.-] Con la firma por la demandante de la documentación a que se ha hecho antes referencia (especialmente el tríptico resumen del folleto y la declaración de información bajo la orden de suscripción) no se acredita que Caja Madrid hubiese cumplido su obligación de información a la clienta sobre las características y riesgos del producto comercializado. Todos los documentos llevan fecha 26 de mayo de 2009 (la misma que la de la orden de suscripción o contrato) y el tríptico o ficha del producto no tiene fecha, no habiendo razones para estimar que se firmase en día distinto). Por lo tanto, no se cumplió la exigencia establecida en el artículo 62, apartado dos, del Real Decreto 217/2008, de 14 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, que impone a estas entidades el deber de proporcionar a los clientes minoristas, incluidos los potenciales, la información exigida por los artículos 63 a 66 (parte importante del artículo 64 quedó transcrito antes) con antelación suficiente a la prestación del servicio.

Además, todo esa información documentada entregada al mismo tiempo que se celebraba el contrato no pudo ser leída por la actora con el debido sosiego, por imposibilidad material de tiempo y de ocasión. No pudo hacerlo y, aun de haberlo hecho, no puede haber seguridad alguna de que la hubiese comprendido íntegramente.

La ficha del producto o tríptico (documento 8 de los de la demanda y 9 de los de la contestación), de siete páginas, bien analizado, no incluye un texto fácil, comprensible y claro para quien no se maneja con cierta soltura en el campo de las inversiones financieras. Es cierto que los calificativos relevantes del producto figuran en este documento subrayados ("complejo", "perpetuo", "no constituye un depósito bancario"), lo que, perdidos en la amplitud del texto, no significa necesariamente destacados y no explican con concreción relevante que el adquirente puede llegar a no obtener rendimiento alguno por causas que no dependen de él, puede llegar a no poder recuperar el capital invertido si no hay terceros dispuestos a comprar, puede perder gran parte del capital si los interesados solo ofrecen la mínima parte de lo que él pagó por los títulos y que el Estado no le garantiza ningún reembolso en caso de quiebra del emisor y del garante. Repara el Tribunal en el particular siguiente ("Factores de riesgo del Emisor y del garante"):

"Al ser el Emisor una sociedad participada directa o indirectamente al 100% por CAJA MADRID, sus factores de riesgo quedan circunscritos a los propios del garante, que se mencionan a continuación:

"Riesgo de crédito (o contrapartida).



"-Riesgo de mercado.

"-Riesgo de tipo de interés.

"-Riesgo de liquidez.

"-Riesgo de tipos de cambio.

"-Riesgo operacional.

"La descripción completa de los factores de riesgo puede consultarse en el Documento de Registro CAJA MADRID inscrito en los registros oficiales de la Comisión Nacional del Mercado de Valores el 10 de julio de 2008".

Ininteligible para quienes carezcan de cultura financiera, cuando el riesgo del emisor o del garante es el de la bancarrota o quiebra de estas entidades, que daría lugar a que no se perciban más intereses, a que no se puedan vender los títulos, porque ningún mercado los aceptaría a cotización, y solo se recuperaría, en su caso, la parte proporcional que pudiese corresponder de aquella parte del activo de las entidades que quedase una vez se hubiese pagado a todos los acreedores.

La firma de los citados documentos no prueba la recepción por la actora de una información adecuada que le hubiese permitido comprender la naturaleza y los riesgos del instrumento financiero ofrecido (artículo 79 bis, apartado tres, de la Ley del Mercado de Valores), esto es, el acceso al entendimiento suficiente para poder tomar la decisión de adquirirlo con conocimiento de causa.

Como se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 :

"...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".

[-Seis.-] La muy dudosa aptitud de doña Pura para entender y valorar la información escrita no queda desvirtuada por las pretendidas respuestas dadas por la actora al test de conveniencia, de las que se dedujo que la clienta tenía los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto, porque el test, hecho en ordenador, siendo el empleado de Caja Madrid quien señala la contestación elegida, puede haberse realizado sin rigor, para salvar un trámite legal, puede pasarse a la firma con las casillas ya cumplimentadas, pueden haber sido interpretadas por el empleado, con acierto o sin él, las contestaciones confusas o dubitativas o pueden conducirse las respuestas, mediante explicaciones dadas en el mismo momento, para que el programa, por las manifestaciones consignadas, reconozca la conveniencia del producto para el cliente. Es de destacar la complejidad de la pregunta tercera del test:

"¿conoce y entiende Ud. las variables que intervienen en la evolución de este producto como son:

"-La naturaleza de la deuda Perpetua o Participaciones Preferentes, que no disponen de una fecha de vencimiento predefinida y su valoración está influida por la evolución de los tipos de interés a largo plazo

"-El comportamiento de la renta fija y las inversiones de bajo riesgo del entorno Euro?" ,

a la que doña Pura respondió "no, sólo entiendo la terminología".

[-Siete.-] Si la información escrita suministrada en este caso a la preferentista no cubrió las exigencias legales de información, queda por examinar la información verbal que pudo suministrarse. La prueba de la información y de su contenido corresponde a la entidad prestadora del servicio. Porque son estas entidades las que diseñan los productos y los ofrecen a sus clientes y deben, por ello, realizar un esfuerzo adicional, que habrá de ser mayor y más esmerado, cuanto menor sea el nivel de formación genérica y financiera del cliente, a fin de que este comprenda perfectamente el alcance de su decisión. Además, entender lo contrario implicaría hacer recaer sobre el cliente la carga de probar un hecho negativo. Y en el presente caso no se ha probado que se proporcionase a doña Pura , al adquirir los títulos, la información exigida legalmente, según lo establecido en el artículo 60, apartado uno, letras b y d, del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero :

"b) La información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible".



"d) La información no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes".

Ha de descartarse que la actora llegase a comprender, a través de la información que pudo facilitársele por Caja Madrid, o la que le llegase de Caja Madrid a través de su esposo, aspectos tan relevantes del producto como que, si Caja Madrid o su grupo no obtenía lo que se llamaban beneficios distribuibles, no se pagarían los intereses prometidos y que, si no se pagaban intereses, la venta del producto pasaba a ser difícil o muy por debajo del valor que fue abonado por los títulos, en suma que podía llegar a perder el capital invertido, puesto que la aportación era perpetua.

[-Ocho.-] Y esta información, que era debida por la antecesora de Bankia a la actora, generó en esta, por deficiente, un conocimiento inexacto del producto contratado y de sus riesgos, una representación equivocada sobre las características esenciales del objeto del contrato, debido al incumplimiento por la empresa de inversión demandada de los deberes de información que le imponía la normativa del mercado de valores cuando contrata con clientes respecto de los que existe una ostensible diferencia de nivel informativo.

[-Nueve.-] En relación con las alegación tercera del recurso (sobre la relación contractual existente entre la parte actora y Bankia: ausencia de labores de asesoramiento financiero a la parte actora), estima la sentencia apelada que la relación entre la actora y la entidad de servicios de inversión fue de asesoramiento, aunque no mediase contrato escrito, toda vez que se procuraron a la actora recomendaciones personalizadas con respecto a una concreta operación de adquisición de un instrumento financiero, teóricamente en función de los objetivos de inversión del cliente, y no meras recomendaciones de carácter genérico (artículo 63, apartado uno, letra g, de la Ley del Mercado de Valores), lo que hubiese requerido de la realización de un test de idoneidad, conforme al artículo 76 bis, apartado seis, de la Ley del Mercado de Valores .

Así se dice en la sentencia apelada (Fundamento Decimoprimer):

"En realidad, los pormenores de la suscripción no son especialmente relevantes. Sí lo es el hecho probado, por notorio, de que la iniciativa en la comercialización del producto correspondió en todo caso a la entidad bancaria, cuyo personal había recibido formación técnica específica, recomendación comercial e incluso -en algún caso- incentivos por logro de objetivos globales, para la colocación de las participaciones entre sus clientes

"Dicho lo cual, difícilmente puede sostenerse que se estuviese ante una mera labor de comercialización, existiendo verdadera recomendación o asesoramiento. Recientemente se han publicado diversos documentos internos de Cajamadrid como el 'Documento Confidencial para uso interno del personal de Caja Madrid en relación a las comercialización de las Participaciones Preferentes Seie II' que confirma todo lo dicho y oculta, desde luego, la existencia de cualquier dificultad financiera en la entidad.

"Por otro lado, el artículo 63.1g) de la Ley de Mercado de Valores determina que se entiende por asesoramiento en materia de inversión «la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros», sin que se considere como tal «las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se pueden realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros, que tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial», de lo cual se deduce que la llamada por parte de la comercial a la clientela para que acudiese a la oficina y ofrecerle un único y nuevo producto, a todas luces desconocido por la clientela y teniendo en cuenta que hasta ese momento la misma solo había invertido en la anterior emisión de preferentes, no cabe sino considerarlo 'recomendación personalizada', y por consiguiente asesoramiento.

"Es cierto que la diferencia entre comercialización y asesoramiento puede crear zonas confusas de convergencia, pues en ambos la decisión final es del cliente, quien hace caso o no a los consejos ofrecidos por la entidad bancaria, pero la iniciativa en la oferta y el perfil de los demandantes lleva a la inevitable conclusión de que se está ante una gestión asesorada de las previstas en el citado artículo 63.1.g)..."

Hay fundamento bastante para estimar que la actuación de Caja Madrid no se limitó a la ejecución de una orden de compra y a la actividad complementaria de depósito y administración de los títulos, sino que llegó a una recomendación del producto como el más apropiado a sus necesidades, que debió hacerse en consideración a los conocimientos y experiencia del cliente, características del producto, situación financiera del cliente y sus objetivos de inversión. Cuestión, sin embargo, de importancia relativa en la decisión del juicio, desde el momento en que consta que una defectuosa y parcial información sobre el instrumento determinó un entendimiento erróneo por parte de la señora Pura de las características, dinámica, comportamiento, condiciones y riesgos del instrumento comercializado, causando una representación de la naturaleza de la cosa objeto del contrato en términos esenciales, en particular respecto a lo que significaba el carácter perpetuo, a que ni la inversión ni los rendimientos estaban garantizados, esto es que la adquirente podía llegar a no obtener rendimiento alguno por causas que no dependían de ella (supeditación del pago de cupones a obtención de beneficios por la emisora y su grupo), podía llegar a perder el capital invertido si no había terceros



dispuestos a comprar, podía perder gran parte del capital si los interesados solo ofrecen la mínima parte de lo que pagó por los títulos y que el Estado no le garantiza ningún reembolso en caso de quiebra del emisor y del garante.

En las argumentaciones de la sentencia recurrida que sostienen la existencia de un asesoramiento, no hallamos quebrantamiento de los principios de experiencia, razonabilidad y coherencia al valorar como de asesoramiento la relación jurídica entre las partes, sin que, por lo demás, tal conclusión resulte al final decisiva ni determinante en la decisión del proceso.

[-Diez.-] Sobre las alegaciones cuarta y quinta del recurso (error en la valoración de la prueba sobre el vicio del consentimiento alegado por la parte actora en la compra de títulos y error en relación con la carga de la prueba, al deber probar la existencia de vicio o error en el consentimiento prestado la parte que lo alega), hemos de dar por reproducido lo hasta ahora expuesto en el presente fundamento: la antecesora de entidad demandada no dio cumplimiento a su obligación de información, en los términos del artículo 79 bis, apartado tres, de la Ley del Mercado de Valores y artículos 60 y 64 del Real Decreto 217/2008 ; no hay en el proceso ningún elemento de ciencia o de deducción segura que permita afirmar que doña Pura tuviese los conocimientos y experiencia suficientes para conocer el funcionamiento y riesgos de las participaciones preferentes y, por último, no basta a este respecto la aportación del tríptico resumen del folleto o ficha del producto (documento 8 de los de la demanda y 9 de los de la contestación), firmado por la actora, según se ha expuesto ya en la presente resolución.

En suma, entendemos, como se hace en la sentencia apelada (penúltimo párrafo del Fundamento de Derecho Decimoquinto), que

"la prestación del consentimiento en un caso como el que nos ocupa sólo puede considerarse libre y voluntariamente efectuada tras haber cumplido la entidad prestadora del servicio de inversión con su obligación de información, necesariamente se ha de concluir que el prestado en este caso por la demandante lo fue viciado de error, esencial, desde luego, al recaer sobre la esencia del producto financiero" .

Se asesoró a la demandante sobre la suscripción de un producto que le ofrecería una alta rentabilidad, pero se ocultó información relevante sobre la naturaleza y riesgos de este producto, lo que unido a la inmediatez entre el hecho de la prestación de información y la suscripción del producto, determina que pueda darse como probado que en el momento en que la actora suscribió el producto no era realmente conocedora de la verdadera naturaleza de lo que estaba contratando, esencialmente en lo que se refiere al carácter perpetuo de la inversión de capital y de los riesgos de pérdida de capital invertido.

El error sustancial sobre el objeto del contrato afecta, en el presente caso, a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto (carácter perpetuo, falta de garantía de recuperación del capital, falta de garantía de posibilidad venta de los títulos, falta de garantía de percibir la remuneración concertada).

La excusabilidad del error, en el caso que nos ocupa, deriva de la obtención de una información, sobre la consistencia del producto financiero que fue adquirido, sesgada, incompleta y parcial, que omitía datos relevantes por parte de la entidad que estaba obligada por ley a darla de forma clara, comprensible, objetiva y completa, siendo la actora persona sin conocimientos, habilidades ni experiencia en el ámbito de las inversiones financieras, a quien bastaba con la información que la sucursal -directamente o a través de su esposo- le proporcionaba para adquirir un entendimiento que juzgaba bastante, certero y cumplido. Con base en tal confianza en la entidad, doña Pura no tuvo motivo alguno para considerar necesario pedir consejo sobre la inversión a otras personas y tampoco diferir la suscripción hasta estudiar la documentación informativa que se le presentó, fiada de las explicaciones que le fueron dadas verbalmente por la entidad, directamente o a través de su esposo.

En suma, como se expresa el Tribunal Supremo en la Sentencia, ya citada, de 12 de enero de 2015 :

"Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, lo que implica que debe facilitar la información correcta en la promoción y oferta de sus productos y servicios y no solamente en la documentación de formalización del contrato mediante condiciones generales, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo),

en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

Como ya hemos dicho, la Sentencia anterior hace referencia con su mención a la Directiva a la 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, anterior a la Directiva FiFID, de 2004, y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, ha sido derogado por el actualmente vigente 217/2008. La Sentencia cita estas disposiciones por su aplicabilidad por causas temporales.

En conclusión, el error (la falsa representación de las calidades y operancia de la cosa) fue esencial, no imputable a la actora y excusable.

[-Once.-] Sobre la alegación sexta del recurso: que la entidad entregase a la actora el tríptico o resumen del folleto y que fuese cumplido formalmente con doña Pura el trámite del test de conveniencia no implica cumplimiento por parte de la antecesora de Bankia de la obligación de información de modo claro y comprensible del instrumento y riesgos del instrumento financiero ofrecido -que era complejo y de riesgo elevado-.

[-Doce.-] En la alegación séptima del recurso censura la apelante que la sentencia combatida no deja claro que estemos ante un supuesto de anulabilidad y no de nulidad radical. Aunque en la demanda se interese una declaración de nulidad radical y, subsidiariamente, de anulación por anulabilidad, en los fundamentos jurídicos de dicho escrito fueron puestos de manifiesto los elementos de una voluntad viciada sobre la consistencia de lo que fue objeto del contrato, no de una falta absoluta de consentimiento, lo que se traslada a la sentencia apelada, resultando claro de sus Fundamentos de Derecho, y en especial del decimoquinto, que la nulidad declarada es la del artículo 1300 del Código Civil por error invalidante. No ha sido declarada una nulidad por infracción de normas imperativas (alegación octava del recurso), sino que la infracción de las normas sobre información de la Ley del Mercado de Valores dieron lugar a una representación y entendimiento inexacto por la actora de la naturaleza y riesgos del producto financiero adquirido.

[-Trece.-] En la alegación novena del recurso Bankia niega la existencia de incumplimiento contractual y hace hincapié en el contenido del documento llamado "Instrumento financiero/Servicio de inversión: P.PREFCAJA MADRID 09", donde se informaba expresamente de que

"se ha informado de que el pago de la remuneración está condicionado a la obtención de beneficios distribuibles por parte del emisor y su grupo",

pero sucede que ese documento, conocido como de "resumen de riesgos" y que el Tribunal conoce por haber sido incorporado a los autos de otros muchos procesos, no fue entregado a la demandante en este caso. En cualquier caso, la antecesora de Bankia no cumplió con su obligación precontractual -que trasciende a la regularidad del contrato- de información previa, clara y completa (artículo 79 bis, apartado tres, de la Ley del Mercado de Valores) sobre el producto y la nulidad fue declarada por error que vició el consentimiento de la adquirente con las características de esencial, no imputable a la actora y excusable.

[-Catorce.-] Y sobre el conflicto de intereses expuesto en el Fundamento de Derecho Decimocuarto de la sentencia del Juzgado, sin revelación previa al cliente de la naturaleza y origen del conflicto (artículo 70 quáter de la Ley del Mercado de Valores), que es negado por la demandada en la alegación décima del recurso, con referencia al mismo artículo, apartado uno, párrafo segundo, de la ley citada ("A tales efectos, no se considerará suficiente que la empresa pueda obtener un beneficio..."), basta decir que, aun de no haberse dado el conflicto, subsistirían los presupuestos de la nulidad por consentimiento esencialmente viciado, en consideración al entendimiento erróneo de la clienta de la consistencia, operatividad, riesgos y liquidez del producto adquirido.

[-Quince.-] Los pronunciamientos de fondo de la sentencia apelada deberán mantenerse, luego también la condena a la demandada al pago de las costas de la primera instancia, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 394 de la ley procesal civil .

SEXTO. Por lo expuesto, se desestimaré el recurso.

SÉPTIMO. Las costas de esta instancia se impondrán a la recurrente, conforme a lo dispuesto en los artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Con pérdida del depósito constituido para recurrir, según establece el apartado nueve de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .



FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 13 de junio de 2014 del Juzgado de Primera Instancia número Cinco de los de Alcalá de Henares (antiguo Juzgado Ocho de Primera Instancia e Instrucción) dictada en el procedimiento del que dimana este rollo, CONFIRMANDO dicha resolución y condenando a la recurrente, Bankia S.A., al pago de las costas de la apelación.

Con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación, siempre que la resolución del recurso presente **interés casacional**, con cumplimiento de los requisitos formales y de fondo de interposición, y recurso extraordinario por infracción procesal, ambos ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, los que deberán interponerse ante este Tribunal en el plazo de **VEINTE** días desde el siguiente al de la notificación de la sentencia. No podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación.

Haciéndose saber a las partes que al tiempo de la interposición de los mismos, deberán acreditar haber constituido el depósito que, por importe de **50 ?por cada tipo de recurso**, previene la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., establecida por la Ley Orgánica 1/09, de 3 de noviembre, sin cuyo requisito, el recurso de que se trate no será admitido a trámite.

Dicho depósito habrá de constituirse expresando que se trata de un "Recurso", seguido del código y tipo concreto de recurso del que se trate, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección abierta con el nº 2580, en la sucursal 3569 del Banco de Santander, sita en la calle Ferraz nº 43.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de sala 550/14, 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