



Roj: **SAP M 8125/2015 - ECLI:ES:APM:2015:8125**

Id Cendoj: **28079370202015100207**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **20**

Fecha: **08/06/2015**

Nº de Recurso: **360/2014**

Nº de Resolución: **199/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JUAN VICENTE GUTIERREZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésima

C/ Ferraz, 41 , Planta 5 - 28008

Tfno.: 914933881

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0063537

Recurso de Apelación 360/2014

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 69 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 768/2013

APELANTE: D./Dña. Sacramento

PROCURADOR D./Dña. CAYETANA DE ZULUETA LUCHSINGER

BANKIA SA

PROCURADOR D./Dña. JOSE MANUEL FERNANDEZ CASTRO

APELADO: CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, SA

SENTENCIA

TRIBUNAL QUE LO DICTA :

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JUAN VICENTE GUTIÉRREZ SÁNCHEZ

D. RAFAEL DE LOS REYES SAINZ DE LA MAZA

D. CÉSAR TEJEDOR FREIJO

En Madrid, a ocho de junio de dos mil quince.

La Sección Vigésima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 768/2013 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 69 de Madrid a instancia de Dña. Sacramento apelante - demandante, representada por la Procuradora Dña. CAYETANA DE ZULUETA LUCHSINGER contra BANKIA S.A., apelante - demandada, representada por el Procurador D. JOSE MANUEL FERNANDEZ CASTRO; y como apelado - demandado CAJA MADRID FINANCE PREFERRED S.A.; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 11/02/2014 .

VISTO, Siendo Magistrado Ponente **D. JUAN VICENTE GUTIÉRREZ SÁNCHEZ** .



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 69 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 11/02/2014 , cuyo fallo es el tenor siguiente: "Fallo: Estimo parciamente la demanda formulada por la Procuradora Dª Cayetana de Zulueta Luchsinger en representación de Dª Sacramento contra Bankia S.A. y Caja Madrid Finance Preferred, S.A. representadas por el procurador D. José Manuel Fernández Castro y, en consecuencia, previo rechazo de la excepción de caducidad alegada por la parte demandada. 1.- Declaro la nulidad como consecuencia de vicio de consentimiento causado por error, la orden de suscripción de fecha 22 de mayo de 2009 del contrato de participaciones preferentes a ella vinculado, por importe total de 20.000 euros, y de cualquier otro documento contractual relacionado con las participaciones preferentes, de las libretas relacionadas con las mismas, así como del contrato de depósito o administración de valores suscrito por la actora. 2.- Condeno solidariamente a las entidades demandadas a estar y pasar por esta declaración y a la restitución recíproca de las prestaciones y obligaciones derivadas de la nulidad que se declara, y en concreto, a restituir a la actora la suma de 20.000 euros, devolviendo Dª Sacramento las participaciones preferentes o, en su caso, las acciones productos del canje obligatorio. 3.- Condeno asimismo solidariamente a las entidades demandadas al pago a la demandante de los intereses legales desde 12 de marzo de 2013 hasta el momento en que se efectúe la devolución, minorando dicha cantidad en la suma de 3.854'82 euros en que se cifran los intereses brutos trimestralmente liquidados a la actora. 4.- Absuelvo a las demandadas en cuanto al resto de lo pretendido en la petición principal contenida en el suplico de la demanda. 5.- Condeno a ambas demandadas, también de forma solidaria, al pago de las costas derivadas del presente procedimiento, con expresa declaración de temeridad."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación, tanto por la parte actora como por la codemandada Bankia S.A., exponiendo las alegaciones en que basan su impugnación. Admitidos los recursos en ambos efectos, se dieron los traslados respectivos, oponiéndose la demandante expresamente al recurso formulado de contrario. Elevados los autos ante esta Sección, fueron turnados de ponencia, y quedando pendientes de resolución, se señaló fecha para la deliberación y votación, que se ha llevado a cabo por los Magistrados de esta Sección.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en los términos de la presente.

PRIMERO.- En la demanda formulada por Doña Sacramento , frente a las entidades BANKIA y CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, S.A., solicita la declaración de nulidad, como consecuencia de vicio en el consentimiento causado por dolo, de la orden de suscripción de participaciones preferentes, por importe de 20.000 euros y de cualquier documento contractual relacionado con las mencionadas participaciones preferentes, de las libretas relacionadas con las mismas, así como de los contratos de depósito o administración de valores y servicios de inversión también a ellos vinculados y, en su caso suscritos por la demandante; debiendo estar las entidades demandadas y pasar por dicha declaración, asimismo interesa se condene a las demandadas a la restitución recíproca de las prestaciones y obligaciones derivadas de la nulidad que a tal efecto se declare y, por efecto legal inherente al artículo 1.303 del cc , se les condene a restituir la el importe de 20.000 euros, devolviendo la demandante las citadas participaciones preferentes o acciones producto del canje obligatorio, y condenando a las demandadas al pago de los intereses legales desde la fecha en que se materializó la inversión hasta el momento en que se efectúa la devolución o restitución, minorando dicha cantidad en la suma en que se cifren los intereses trimestrales liquidados a ella. De forma subsidiaria, respecto de la pretensión referida a los intereses, además del reintegro de las sumas invertidas, se condene a la parte demandada al pago de los intereses legales desde la fecha del requerimiento o interpelación extrajudicial efectuado por la parte actora o, subsidiariamente, desde la interposición de la demanda, quedando en poder de la demandante los devengados y satisfechos hasta la fecha por la demandada. En segundo lugar y con carácter subsidiario solicitó la declaración de nulidad causado por error de la misma orden y en los mismos términos antes indicados. En tercer lugar y, también subsidiariamente, solicitó se declare resuelta la orden de suscripción de 22 de mayo de 2.009 y todo ello con imposición de las costas a las demandadas.

La entidad demandada BANKIA se opuso a dichas pretensiones. Formula en primer lugar, la excepción de caducidad de la acción de nulidad por transcurso del plazo establecido en el artículo 1.301 del cc . En cuanto al fondo, previa exposición de los hechos que estimó relevantes y analizar la naturaleza de las participaciones preferentes y de la relación jurídica existente entre las partes sostuvo, que en la operación cuya nulidad se pretende, intervino como mera comercializadora y en el procedimiento de contratación, cumplió los deberes que le son exigibles, de información precontractual, en cuanto se entregó documentación e información suficiente con la advertencia de riesgos, efectuando el preceptivo test de conveniencia. Sostiene igualmente



que dio estricto cumplimiento a las obligaciones que se derivaban para ella de la legislación vigente entregando el folleto informativo en el que se hace referencia a la incidencia que en las calificaciones de riesgo se otorgaba a las variaciones del Rating, así como que en todo caso los actos propios de la demandante habrían confirmado y consolidado los posibles vicios del consentimiento., sin que los hechos alegados por la demandante tengan conexión con el objeto de la litis.

La sentencia dictada en la primera instancia estimó parcialmente la demanda y declaró la nulidad, como consecuencia de vicio de consentimiento causado por error de la orden de suscripción de 22 de mayo de 2.009, condenando a las demandadas a restituir a la actora la suma de 20.000 euros, devolviendo la demandante las participaciones preferentes o acciones productos del canje obligatorio. Condenó también a las demandadas, al pago a la demandante de los intereses legales desde el 12 de marzo de 2.013, hasta el momento en que se efectúe la devolución, minorando dicha cantidad en la suma de 3.854,82 euros en que se cifran los intereses brutos trimestralmente liquidados a la actora.

Frente a dicha resolución interpusieron recurso de apelación ambas partes.

La demandante impugna el pronunciamiento 3º de la sentencia por el que se condena a las demandadas al pago de los intereses legales desde el 12 de marzo de 2.013, fecha de la reclamación extrajudicial de la demandante a la demandada y no desde la fecha de la suscripción de la orden, por entender que dicha decisión incurre en interpretación errónea de las consecuencias de la nulidad contractual y de los artículos 1.303 y concordantes del código civil .

Por su parte la entidad demandante, articula su recurso en base a las siguientes alegaciones:

- 1.- De la desestimación de la excepción de caducidad de la acción.
- 2.- Breve adelanto de los motivos que justifican la estimación del recurso y revocación de la sentencia.
- 3.- Relación contractual existente entre las partes: Ausencia de labores de asesoramiento financiero a la parte demandante.
- 4.- Error en la valoración de la prueba sobre el vicio del consentimiento alegado en la por la parte actora en la compra de títulos.
- 5.- 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.
- 6.- Sobre el supuesto incumplimiento por parte de BANKIA de su obligación de informar. Entrega de la documentación exigible en el momento de la contratación.
- 7.- Inexistencia de un supuesto de nulidad radical como erróneamente se califica en la demandada.
- 8.- Inexistencia de nulidad por infracción de normas imperativas.
- 9.- Inexistencia de incumplimiento contractual
- 10.- Imposición a la parte demandante de las costas tanto en primera como en esta segunda instancia.

La demandante se opuso al recurso interpuesto de contrario, efectuando las alegaciones que estimó de interés en clara contradicción con las formuladas por la entidad demandada y coincidentes con lo resuelto en la sentencia de primera instancia, por lo que solicitó la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia apelada.

Las entidades demandadas no se opusieron al recurso formulado por la demandante.

SEGUNDO.- Dados los términos en que se han formulados los dos recursos hemos de comenzar analizando, en primer lugar, el interpuesto por la entidad demandada.

La excepción de caducidad de la acción debe rechazarse, tal lo fue en primera instancia. Al respecto debe traerse a colación la doctrina establecida por la Sentencia del pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 12 de enero de 2.015 , en la que partiendo de la diferenciación que establece el artículo 1.301 del cc , entre perfección y consumación del contrato, señala que el día inicial para el cómputo del plazo de ejercicio de la acción es el de la consumación y ésta tiene lugar, conforme indica la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio , 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), lo que proyectado a los



contratos de tracto sucesivo, supone 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".

Como señala el Tribunal Supremo, no basta la perfección del contrato, sino que es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción, pues es preciso para poder ejercitarla una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes.

En consecuencia, al interpretar en la actualidad el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario, al tratarse de relaciones contractuales complejas, 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 y en el caso presente es claro que perfeccionado el contrato en el año 2.009, como sostiene la propia entidad apelante ha ido desplegando sus efectos hasta 2.012, por lo que interpuesta la demanda en el año 2.013, es claro que la acción no estaba caducada.

TERCERO.- Antes de analizar los diferentes motivos de impugnación articulado sobre el fondo de la cuestión, hemos de señalar unas breves consideraciones acerca de la naturaleza y características del producto concertado, dadas las continuas alegaciones que sobre ello han formulado ambas partes a lo largo del procedimiento.

Como señalábamos en la sentencia de esta Sección de fecha 9 de diciembre de 2.014 (Rollo 172/2.014 ponente Ilmo. Sr. D. RAFAEL DE LOS REYES SAINZ DE LA MAZA) : " el art. 1.10 la Ley 6/2011 de 11 de abril , que modifica Ley 13/1985 de coeficientes de inversión y recursos propios, Ley 24/1988 del Mercado de Valores y el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas, señala entre otras, las siguientes características de las participaciones preferentes:

1º) Son productos perpetuos y sin vencimientos, es decir, que los inversores no pueden exigir a la sociedad emisora que les reembolse el dinero al cabo de cierto tiempo, como ocurre con los depósitos a plazo; y aunque el banco emisor pueda amortizar los valores devolviendo su importe, tampoco puede ser obligado a ello, para lo que además requeriría la previa autorización del Banco de España, que sólo la concederá si no se ve afectada la situación financiera ni la solvencia de la entidad de crédito, o de su grupo o subgrupo consolidable. Por tanto, y salvo lo expuesto, si los titulares de los valores quieren recuperar el dinero invertido, tendrían que venderlos en un mercado secundario, siempre, claro, que alguien quisiese comprarlos, recibiendo evidentemente sólo el precio que ofrezca, que no tiene por qué ser su valor nominal. Y es que no se atribuye al titular de las mismas un derecho a la restitución de su valor nominal.

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

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

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



5º) La inversión puede perderse por completo en caso de insolvencia de la entidad emisora, quedando directamente afecta a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito, o de la de su grupo o subgrupo consolidable al que pertenece. Ciertamente tal circunstancia es evidente y no exigiría de mayores explicaciones; lo que ocurre es que aquí existe un matiz importante; y es que en los depósitos a plazo en entidades financieras españolas existe cierta garantía del Estado hasta una cantidad determinada, y la ausencia de esa garantía es un dato de especial importancia, por mucho que el tema de la insolvencia sea claro. En atención a ello, es obvio que una información fidedigna del producto debiera resaltar este aspecto, que podía tener su importancia para cualquier persona que busque rentabilidad pero también seguridad, como eran los actores.

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

CUARTO.- A la hora de analizar el cumplimiento que la entidad apelante ha hecho de las obligaciones que presta como servicio de inversión, a lo largo del procedimiento, sostiene la entidad apelante que la relación contractual existente entre las partes, no participaba de las características propias de un contrato de gestión financiera asesorada, sino que su actuación se limitaba a la recepción y transmisión de órdenes de compra y ejecución de tales órdenes, de donde concluye que no se asumió ningún deber de asesoramiento hacia el cliente. No compartimos dicha argumentación. Como señala la sentencia de la Sec. 14ª de esta Audiencia de fecha 2 de diciembre de 2.014 la existencia y extensión del deber de asesoramiento de la entidad financiera, no deriva necesariamente de los pactos escritos alcanzados entre las partes, ni exige como elemento necesario el pago de una retribución, pues como señala el art. 63.1.g) L.M .V., se considerarán servicios de inversión "el asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal 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. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial".

Por su parte el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de enero de 2.014, con base en lo que señala la S TJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), pone de manifiesto que "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en sí, sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE., precepto que define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como " la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que " se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

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

Partiendo de lo indicado, los servicios prestados por la demandada a las demandantes, en la operación aquí analizada, han de incluirse dentro de los servicios de asesoramiento en materia de inversión, pues la orden de suscripción efectuada por los demandantes, para la adquisición de participaciones preferentes fue precedida de una serie de actuaciones de los comerciales de la entidad demandada, en las que se les presentó el producto como conveniente para ellos en base a la consideración de sus circunstancias personales y no fue divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público, pues aunque los dos comerciales de la entidad demandada, que han comparecido como testigos, no recuerdan exactamente los términos en que



se desarrollaron los concretos hechos que dieron lugar a la suscripción de las participaciones preferentes aquí analizadas, ante la falta de prueba de interrogatorio de los demandante que estaba en manos de la demandada proponerla, de lo manifestado por los comparecientes y del resto de prueba aportada, cabe concluir que fue la entidad demandada la que ofreció el producto a los demandantes y que éstos acudieron a la entidad, en base a la relación de confianza que mantenían con dichos comerciales y que éstos se las presentaron como muy beneficiosas para ellos.

En consecuencia, a la hora de analizar el grado de cumplimiento por la apelante de sus obligaciones por los servicios bancarios prestados, resulta de aplicación el art. 79 bis. 6 LMV, en cuya virtud 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; 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.

QUINTO.- La siguiente cuestión a analizar ha de ser la referida a las obligaciones que le impone la normativa reguladora de la actividad bancaria a la demandante tanto del mercado de valores, como la específica del sector bancario y consecuencias que deben derivarse de ello a las y a las que se refiere ésta en la alegación sexta del escrito de recurso. Los motivos deben desestimarse, por cuanto no apreciamos que al analizar tales obligaciones, la sentencia de primera instancia incurra en los errores de valoración probatoria que le atribuye la apelante ni que las consecuencias obtenidas sean contrarias a nuestro ordenamiento jurídico.

La especial configuración de estos contratos y vinculación del producto objeto de este procedimiento a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, tras la reforma introducida por Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que la adaptó a la Directiva 2004/39 (MiFID), imponía a la entidad demandada una serie de obligaciones, que se desarrollaban en los artículos 78 y siguientes y en base a los cuales la entidad demandada tenía la obligación de adoptar unas normas de conducta o de comportamiento acordes con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y, en tal sentido, viene especialmente obligada a facilitar toda la información de que disponga y sea relevante sobre el producto y a suministrarla de manera clara, correcta y adecuada. Como reiteradamente señala la jurisprudencia, el objetivo último de tales deberes es que el cliente pueda comprender la naturaleza y los riesgos que asume al contratar el producto bancario.

El cumplimiento de tales obligaciones, especialmente el informar a los clientes, corresponde acreditarlo a la entidad bancaria y ello tanto respecto de la corrección, como de la suficiencia del asesoramiento o información facilitado.

La entidad demandada sostiene haber dado cumplimiento efectivo a los deberes de evaluar la conveniencia del producto e informar sobre la naturaleza y riesgo del mismo, mediante la entrega de diferentes documentos, como aquel en el que afirma el cliente haber recibido la información precontractual específica de las participaciones preferentes, el que refleja la información de las condiciones de prestación de servicios de inversión, que recoge su calificación como cliente minorista, el instrumento financiero/servicio de inversión P-PREFCAJA MADRID 09, el resumen de la emisión de participaciones preferentes serie II Caja Madrid Preferred S.A. y en la realización del test de conveniencia suscrito por el cliente.

En tal sentido cabe señalar que en relación al test de conveniencia, el mismo no se aporta con contestación de la demanda como indicaba la entidad demandante. Tan solo consta, dentro de la documentación aportada por la demandada a requerimiento del Juzgado fotocopias de un documento denominado resumen cuestionario, realizado el 20 de marzo de 2.009 y de los términos empleados en el mismo, su contenido y forma en que se cumplimentó, no cabe considerar debidamente cumplido con ello, los deberes que le impone la normativa reguladora de la actividad bancaria, ni que se obtuviera el fin al que debe ir dirigido el mismo, que según señala el art. 79 bis de la Ley de Mercado de Valores, es el de obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia de los actores conforme al tipo de producto concreto sobre el que versara la operación, así como su situación financiera y los objetivos de inversión, con la finalidad de recomendar los que más les convinieran, pues el producto no respondía al perfil ahorrador y conservador de la demandante.

El hecho de haber entregado el documento sobre información de las condiciones de prestación de servicios de inversión y de haber firmado sólo el codemandante, el instrumento financiero/Servicio de Inversión: P.PREFCAJAMADRID 09, en el que se refleja que el demandante manifiesta haber sido informados del riesgo elevado que presente el producto, tampoco acredita el cumplimiento de los deberes que le corresponden a la entidad demandada, en cuanto se trata de documentos estereotipados, o modelos genéricos no adaptados



a las circunstancias concretas de cada cliente y operación, que por sus vaguedades, y que no han podido ser contrastados con las manifestaciones de los demandantes, al no haber propuesto la parte demandada su interrogatorio, no puede sino concluirse que son insuficientes para evidenciar o demostrar que los actores eran plenamente conscientes y conocedores del alcance y de los riesgos de las operaciones de compra suscritas. Los términos y conceptos utilizados son de difícil comprensión para personas sin conocimientos financieros acreditados. La firma por parte de éstos, no pasó de ser más que un mero trámite necesario para que se pudiera consumir la operación, pero absolutamente vacío de contenido y sin reflejar lo que aparentemente podría significar.

SEXTO.- Respecto de la información a facilitar, el art. 79 bis 3 LMV señala que "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 órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A 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".

A mayor abundamiento, no debemos olvidar la normativa en materia de consumo, a la que de manera acertada hace continua referencia la sentencia apelada. De este modo, cabe afirmar que los **consumidores** y usuarios en España cuentan con una consolidada normativa de protección, plenamente aplicable a la contratación bancaria. Así, según establece el artículo 8.d) 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 y otras leyes complementarias, (en adelante, Ley de **Consumidores** y Usuarios), es un derecho básico de todo **consumidor** la información correcta sobre los diferentes productos o servicios, independientemente de que las partes hayan suscrito un contrato de asesoramiento. En efecto, este derecho básico de información ha sido desarrollado en los artículos 17, 20 y 60 LCU, puesto que se trata de garantizar que, cuando un **consumidor** tome una decisión sobre la contratación de un producto ha de estar bien informado sobre todas las características relevantes de los productos y/o servicios.

Dicha información debe además suministrarse tanto en la fase precontractual como contractual y en tal sentido, en la última modificación de la Ley de **Consumidores** y Usuarios, con motivo de la trasposición del contenido de la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los **consumidores**, señala que la misma debe hacerse extensiva a este tipo de contratación de productos complejos, en los que la falta de conocimientos específicos en materia financiera exige mayor información, y sobre todo, que la entidad financiera se cerciore de que el **consumidor** ha entendido los riesgos del producto en toda su amplitud.

Pues bien, a la vista de la prueba practicada en primera instancia, la entidad demanda no ha acreditado haber suministrado la información a la que venía obligada, ni se solicitó la prueba de interrogatorio de la demandante, ni comparecieron los empleados que ofrecieron el producto a la prueba testifical, por causa imputable a la demandada. Tampoco consta haberse facilitado información por escrito y personalizada de extremos importantes a la hora de concertar estas operaciones como los referidos a la iliquidez, mercado secundario, que eran productos perpetuos o que no tenían vencimiento, que no iban a disponer del dinero de manera inmediata y que el rendimiento dependía de que la entidad tuviera beneficios, tales informaciones para personas que no tienen una formación financiera acreditada, es esencial por cuanto difícilmente pueden llegar a comprender estos productos como la documentación que se aporta.

Por tanto no ha quedado acreditado que con la información facilitada se consiguiera que los demandantes hubieran llegado a comprender el riesgo que asumían al suscribir las preferentes aquí analizadas, con las consecuencias que se derivan de la ausencia de prueba o de las dudas que sobre la certeza del hecho controvertido pudieran derivarse en perjuicio de la entidad apelante, en base a lo establecido en el artículo 217 de la LEC.

SÉPTIMO.- En cuanto a las consecuencias que se derivan de la vulneración de los deberes legales de información, o en general de cualesquiera de los deberes legales asociados a la formalización de la operación, si bien dichos incumplimientos no conllevan la nulidad automática del negocio concertado, cuando el cliente carece previamente de la información suficiente para contratar, la omisión del deber de información implica que suscribe la operación desconociendo la naturaleza y funcionamiento del producto, es decir, esa omisión



del deber de información entraña que el consentimiento se presta mediante un error esencial sobre el objeto del contrato, por lo que la nulidad contractual que se deriva de ello no se sustenta en una serie de infracciones administrativas, sino en la ausencia de consentimiento informado, o prestado mediante error esencial. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

OCTAVO.- Sostiene la entidad apelante que no cabe apreciar la existencia de vicio por error esencial y excusable en el consentimiento que determine la nulidad decretada en la sentencia de primera instancia.

Es cierto que la prueba del error como vicio invalidante del consentimiento, corresponde acreditarlo a quien lo invoca, en cuanto éste se presume válidamente prestado y, la seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, exige, para que pueda dejarse sin efecto el contrato, que se acredite en debida forma cualquier impedimento para que lo acordado se lleve a efecto.

El error, según señala el Tribunal Supremo en la sentencia antes citada, debe recaer sobre el objeto del contrato, lo que en estos casos afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del producto financiero de que se trate. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero".

La sentencia de primera instancia estima la demanda al considerar existe causa de nulidad del contrato, por defectuosa formación del consentimiento de la demandante como consecuencia de una deficiente información suministrada por el personal de la entidad donde se produjo la contratación, siendo dicho error esencial y grave.

Compartimos dicha apreciación, en cuanto, a la vista de las circunstancias personales de los demandantes y forma en que se comercializó la operación aquí analizada, es de aplicación al caso la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de enero de 2014, al señalar sobre el error vicio que: *"La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1266 CC, en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal, esta Sala primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación de un swap, en las Sentencias 683/2012, de 21 de noviembre, y 626/2013, de 29 de octubre: Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.*

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad -autonomía de la voluntad-, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos.

En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que 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). Además el error ha de ser 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.



Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas-y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida".

A la vista de lo actuado, no le cabe la más mínima duda a esta Sala que si los actores hubieren llegado a conocer, o se les hubiere explicado con detalle y exactitud, el producto que le ofrecieron, no lo habrían adquirido, por lo que al no haber actuado así, éstos incurrieron en un error determinante de la nulidad contractual apreciada en la sentencia objeto de este recurso.

En consecuencia el recurso interpuesto por la representación procesal de BANKIA debe desestimarse.

NOVENO.- En cuanto al recurso interpuesto por la demandante, partiendo de la declaración de nulidad acordada en primera instancia y ratificada en esta alzada, el mismo debe estimarse, por cuanto la consecuencia primera y legalmente establecida de la declaración de nulidad contractual es, según señala el artículo 1.303 del cc la de que los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses.

La finalidad de dicho precepto, tal como ha sido interpretado reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (v.gr sentencia de 23 de junio de 1997 , 30 de octubre de 1996 , entre otras) es la de conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador, de tal modo que cuando el contrato se hubiese ejecutado en todo o en parte, procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de su celebración, lo que en supuestos como el aquí analizado, conlleva que debe devolverse el dinero percibido por la demandada con los intereses correspondientes, tal como solicita la parte demandante. Criterio y conclusión que es el que mantiene la jurisprudencia recaída en supuestos como el presente y de la que ofrece abundante cita la parte demandante en su escrito de recurso.

En consecuencia y en base a lo anteriormente indicado, la restitución recíproca que deben hacerse las partes ha de consistir, tanto en la devolución del importe bruto recibido por cada una de ellas - 20.000 euros la demandada y 3.854,82 euros la demandante-, como de los intereses legales devengados por cada una de esas cantidades desde el momento en que cada una de las parte percibió las mismas; lo que en el caso de la demandada conlleva el pago de los intereses devengados desde la fecha de la orden de suscripción de las participaciones preferentes y para la demandada el deber de devolver también los intereses devengados por los diferentes importes que ha percibido como liquidación, desde las fechas en que se percibieron los mismos.

DÉCIMO.- En cuanto a las costas procesales, respecto de las causadas en primera instancia, si bien la estimación del recurso de la demandante supone la estimación íntegra de la demanda, ello conlleva ratificar el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia, en cuanto ya se imponían allí a la demandada y dicho pronunciamiento es también el que se deriva de lo aquí acordado.



En cuanto a las causadas en esta alzada, la desestimación del recurso interpuesto por BANKIA conlleva la imposición de las costas causadas en esta alzada a dicha parte apelante, de conformidad con lo que se dispone en los *artículos 394-2 y 398-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

La estimación del recurso interpuesto por la demandante conlleva que no proceda formular pronunciamiento de condena sobre las causadas en esta alzada como consecuencia del recurso interpuesto por D^a Sacramento, de conformidad con lo que se dispone en los *artículos 394-1 y 398-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

En cuanto a los depósitos para recurrir, la desestimación del recurso de BANKIA conlleva también la pérdida del depósito, mientras que la estimación del recurso de la Sra. Sacramento, su devolución, por lo que deberá el Juzgado de primera Instancia dar a cada uno de ellos el destino legalmente previsto, al amparo de la disposición adicional 1^a de la L.OPJ, al que deberá el juzgado de primera instancia dar el destino legal.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación.

FALLAMOS

SE DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad "BANKIA, S.A.",

SE ESTIMA el recurso interpuesto por D^a Sacramento, ambos contra la sentencia de fecha 10 de febrero de 2.014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n^o 69 de los de Madrid, en los autos de Procedimiento Ordinario n^o 768/2.013, la cual **SE REVOCA PARCIALMENTE, en el siguiente sentido:**

La restitución recíproca que deben hacerse las partes ha de consistir, tanto en la devolución de las cantidades percibidas por cada una de ellas - 20.000 euros la demandada y 3.854,82 euros la demandante-, como de los intereses legales devengados por cada una de esas cantidades, devengados desde la fecha en que cada una de ellas las percibió.

SE CONFIRMAN los demás pronunciamientos de la sentencia de primera instancia.

Todo ello con imposición de las costas causadas en esta alzada a la entidad BANKIA y sin formular pronunciamiento de condena sobre las costas causadas por el recurso de D^a Sacramento; con pérdida del depósito constituido para recurrir por la primera y con devolución del constituido por la segunda.

MODO DE IMPUGNACION: Se hace saber a las partes que frente a la presente resolución cabe interponer **Recurso de Casación y/o Extraordinario por Infracción Procesal**, en los supuestos previstos en los artículos 477 y 468 respectivamente de la LEC en relación con la Disposición Final 16^o de la misma Ley, a interponer en el plazo de VEINTE DÍAS ante este mismo órgano jurisdiccional. 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 euros, 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, excepto en los supuestos de reconocimiento expreso de exención por tener reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita. (Caso de interponerse ambos recursos deberá efectuarse un depósito de 50 euros por cada uno de ellos).

Dicho depósito habrá de constituirse en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección abierta con el n^o 2838 en la sucursal 6114 del Banco de Santander sita en la calle Ferraz n^o 43 de Madrid.

Asimismo se deberá aportar debidamente diligenciado el modelo 696 relativo a la tasa judicial correspondiente a los recursos de que se trate, en los casos en que proceda.

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

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