

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 05 DE MADRID

C/ Capitán Haya, 66 , Planta 1 - 28020

Tfno: 914932692

Fax: 914932694

42020310

NIG: 28.079.00.2-2015/0175355

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 1121/2015

Materia: Contratos en general



(01) 30723170642

Demandante: D./Dña. [REDACTED]
PROCURADOR D./Dña. ARGIMIRO VAZQUEZ SENIN
Demandado: [REDACTED]

SENTENCIA Nº 311/2015

En Madrid, a treinta de Octubre de dos mil dieciséis.

La Ilma. Sra. Dña. MARIA CONSOLACION GONZALEZ SANCHEZ, MAGISTRADA-JUEZ Titular del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Madrid, habiendo visto los presentes autos número 1121/15, de JUICIO ORDINARIO, seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una, como demandante, DOÑA [REDACTED], representada por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén y dirigida por el Letrado don Carlos Pelluz Carbonell, contra [REDACTED] representada por el Procurador don [REDACTED] y asistida del Letrado don [REDACTED], sobre DECLARACION DE NULIDAD O ANULABILIDAD, RESOLUCION CONTRACTUAL Y RECLAMACION DE INDEMNIZACION.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Por la parte actora se presentó ante este Juzgado Demanda de Juicio Ordinario, alegando los Hechos y Fundamentos de Derecho que constan en el correspondiente escrito, y que aquí se dan por reproducidos, suplicando se declarase la nulidad y, subsidiariamente, la anulabilidad o la resolución contractual, en relación con la orden de suscripción de Participaciones Preferentes [REDACTED] 2009, de fecha 22-05-09, por vicio en el consentimiento, prestado por error o dolo, debiendo condenarse a la demandada a restituir a la actora el precio total de la suscripción, esto es, la suma de 30.000 euros, con pago de intereses, previa compensación de los recibidos, procediendo la demandante a restituir los Títulos que se encontraren en su poder a la mercantil demandada y todo ello con condena a [REDACTED] de las costas causadas.

SEGUNDO.- Mediante Resolución de fecha 25-09-15 se admitió a trámite la demanda, y se acordó dar traslado de la misma a la parte demandada a fin de que procediera a contestarla, extremo éste que fue verificado por [REDACTED].

TERCERO.- El día 12-05-16 tuvo lugar la celebración de la audiencia previa, la cual se llevó a cabo con arreglo a Derecho, proponiendo en ella las partes los medios de prueba de que intentaban valerse, y siendo practicados el día de celebración del Juicio, que tuvo lugar el 18-10-16, y, tras efectuar cada parte un resumen de las pruebas, quedaron los Autos conclusos para dictar Sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- En las presentes actuaciones se ejercita, por la representación de DOÑA [REDACTED], una acción principal tendente a obtener la declaración de nulidad, y, subsidiariamente, la resolución contractual, por vicio o error en el consentimiento prestado, en relación con la orden de suscripción de Participaciones Preferentes Caja Madrid 2009, de fecha 22-05-09, por vicio en el consentimiento, prestado por error o dolo, debiendo condenarse a la demandada a restituir a la actora el precio total de la suscripción, esto es, la suma de 30.000 euros, con pago de intereses, previa compensación de los recibidos, procediendo la demandante a restituir los Títulos que se encontraren en su poder a la mercantil demandada.

En apoyo de sus pretensiones se alega en la Demanda que DOÑA [REDACTED] contaba con 80 años de edad cuando recibió una llamada de la empleada de su Sucursal bancaria indicándole que iba a vencer uno de sus depósitos y que podía suscribir una nueva cuenta de ahorro exactamente igual que las que ya tenía pero más rentable. La demandante, fiándose del consejo de esta persona de su confianza, contrató, en fecha 22-05-09, el producto ofrecido, invirtiendo en él 30.000 euros.

La señora [REDACTED] carecía de experiencia y conocimientos en materia financiera, siendo cliente fiel de [REDACTED] desde hacía muchos años, por lo que siempre se dejaba asesorar por el personal de su Oficina acerca de la mejor manera de administrar y gestionar sus ahorros. Por ello, procedió a adquirir las Participaciones Preferentes objeto de estos Autos, lo que verificó debido al consejo recibido y a la confianza depositada en la empleada de su Banco, actuación que llevó a cabo sin haber recibido una información suficiente acerca de la verdadera naturaleza y características del producto contratado más allá de lo que le trasladó la comercial de su Sucursal.

Se aduce en este procedimiento que existió un error en el consentimiento prestado por la cliente, el cual habrá de conducir a la declaración de nulidad que se pretende en la Demanda, ya que [REDACTED] le ofreció un producto completamente inadecuado y alejado de su perfil minorista y conservador, habiéndolo hecho sin informarle de que existía un riesgo cierto de perder la totalidad de la inversión o de que ésta tenía un carácter perpetuo, no estando su rentabilidad garantizada. El incumplimiento, por parte del Banco, de los deberes de información al mismo exigibles, habría conllevado, además, la imposibilidad para la actora

de valorar, de manera adecuada y consciente, la trascendencia de la operación realizada, lo que habrá de suponer que el contrato celebrado con ██████████ deba reputarse nulo en todos sus extremos.

La entidad ██████████, por su parte, se opone a las pretensiones contenidas en el escrito de Demanda alegando que la adquisición fue verificada de manera libre y voluntaria, tras haber sido debidamente informada la demandante acerca de las características, riesgos y condiciones del producto contratado, como se desprendería de los documentos aportados a Autos. Así las cosas, considera ██████████ que dicha entidad cumplió con todas las obligaciones que le eran inherentes, incluida la de informar sobre el alcance de la inversión y de los riesgos propios de ésta, lo que quedaría adverado a través de los documentos entregados y, en su caso, suscritos por la cliente.

Por otra parte, alega la demandada, que tan sólo se prestó a la actora un servicio de ejecución de órdenes de inversión de depósito o administración de valores, no llevando a cabo aquélla, en ningún momento del proceso de contratación de las Participaciones Preferentes, labores de asesoramiento financiero, por lo que los únicos servicios que Caja Madrid ofreció en su día a la madre de los demandantes habrían sido los previstos en los apartados 1a, 1b) y 2a) del artículo 63 LMV.

SEGUNDO.- Se invoca por ██████████, en el escrito de Contestación, la imposibilidad de ejercitar una acción de anulabilidad ya que el contrato habría sido cancelado con motivo del canje de las Participaciones Preferentes en acciones.

Al respecto de tal cuestión es de recordar que el Tribunal Supremo ha admitido la propagación de los efectos de la nulidad de un contrato de inversión sobre el contrato realizado posteriormente para enjugar las pérdidas iniciales en casos muy similares. Se trata de las SSTS de 17 de junio de 2010 y STS de 22 de diciembre de 2009. En ambos casos, la nulidad de una cláusula de un contrato de «inversión a plazo atípica» que vinculaba su retribución a la evolución en el mercado subsidiario de un subyacente, se propaga a los contratos de inversión posteriores que la misma entidad ofreció para recuperar el dinero porque «sin el primer contrato y las pérdidas que originó, quedaría privada de sentido la operación económico financiera en su totalidad, integrada también por los contratos posteriores». A la misma conclusión de la propagación de los efectos de la nulidad al negocio jurídico de canje se llega a partir de lo dispuesto en el art. 1208 CC para el supuesto de novación extintiva de los contratos, según el cual «la novación es nula si lo fuera también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen». Dicha norma expresa el principio de la «interdependencia novatoria», en virtud del cual la obligación que se extingue -las derivadas del contrato de adquisición de participaciones preferentes- y la que nace por efecto de la novación extintiva -la entrega de acciones de la entidad emisora- están ligadas por una relación de causa y efecto.

En idéntico sentido desestimatorio Resoluciones como la SAP Madrid de 09-12-15 ya han señalado que «el hecho de que el contrato haya sido cumplido o que haya agotado sus efectos, que es a lo que se refiere la expresión que utiliza Bankia, SA de que el contrato ha sido «cancelado», no impide el ejercicio de la acción de nulidad (anulación en este caso).

Dicha acción de anulación por error puede ejercitarse durante el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato (artículo 1.301 del Código civil), lo que evidencia que el hecho de que un contrato haya agotado sus efectos no impide que se pida su anulación con posterioridad. Así lo ha mantenido esta Sala en sus sentencias de 23 de abril de 2015 (JUR 2015, 150567), recurso de apelación nº 612/2014, y de 22 de octubre de 2015, recurso 380/2015, entre otras”.

TERCERO.- Entrando a conocer del fondo de la cuestión litigiosa ha de precisarse que las Participaciones Preferentes como las que se analizan en esta litis se encuentran reguladas, con carácter general, en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros. En el artículo 7 de la citada Ley 13/1985 se establece que las participaciones preferentes constituyen recursos propios de las entidades de crédito. Las participaciones preferentes cumplen, así, una función financiera de la entidad y computan como recursos propios, por lo que el dinero que se invierte en participaciones preferentes no constituye un pasivo en el balance de la entidad. El valor nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor, de manera que el titular de la misma no tiene derecho de crédito frente a la entidad, no pudiendo exigir su pago. La consecuencia de ello es que el riesgo del titular de la participación preferente es semejante, aunque no igual, al del titular de una acción.

En la Disposición Adicional Segunda de esta ley se regulan los requisitos de emisión de las participaciones preferentes y se señala, como características de las mismas, que no otorgan a sus titulares derechos políticos, salvo supuestos excepcionales, y que no otorgan derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones. Otra característica de las participaciones preferentes es que tienen carácter perpetuo, aunque el emisor puede acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, 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. Las participaciones preferentes cotizan en los mercados secundarios organizados y en los supuestos de liquidación o disolución, u otros que den lugar a la aplicación de las prioridades contempladas en el Código de Comercio de la entidad de crédito emisora o de la dominante, las participaciones preferentes darán derecho a obtener, exclusivamente, el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha que no hubiera sido objeto de cancelación, situándose, a efectos del orden de prelación de créditos, inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuotapartícipes.

En definitiva, y como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11, de 17 de enero de 2014 (AC 2014, 200) , "De modo sintético se puede decir que la doctrina ha resaltado como facetas principales de las acciones preferentes las siguientes:

1. No otorga a sus titulares derechos políticos o derecho de voto.
2. No otorgan derecho de suscripción preferente respecto de futuras emisiones.
3. La propia denominación no expresa su esencia, es confusa, y, como tal, no es casual, por cuanto que otra expresión podría haber alertado a los inversores.
4. No son depósitos ni están cubiertos por el fondo de garantía de depósitos.

5. Su plazo es ilimitado, tienen carácter perpetuo, normalmente el emisor se reserva el derecho a amortizarlas.
6. Sirven para incrementar los recursos propios básicos a un coste, en general, muy por debajo del ROE ("return on Equity", beneficio después de impuestos/fondos propios).

O como ha sintetizado algún autor: "Lo que en realidad se está haciendo no es más que financiar a esa entidad "comprando un título de discutible rentabilidad, escasísima liquidez y mucho riesgo, sin disfrutar de los derechos sociales que otorga la Ley al tenedor de acciones de una empresa con forma societaria. Es decir, se convierte en un accionista de segunda y acaba siendo el Banco de su propio Banco".

Además es preciso resaltar que nos encontramos ante un producto complejo y de riesgo elevado, y así se califica por la CNMV y por la totalidad de las resoluciones que sobre la cuestión se han dictado hasta el momento, afirmación que tiene su apoyo en el actual artículo 79 bis 8 a) de la Ley de Mercado de Valores (RCL 1988, 1644 ; RCL 1989, 1149 y 1781) , y se recoge igualmente en la exposición de Motivos del Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto (RCL 2012, 1224 y 1249), de reestructuración y resolución de entidades de crédito, concretamente en su apartado IV se especifica que "se prevén medidas de protección del inversor, de manera que el real decreto-ley da respuestas decididas en relación con la comercialización de los instrumentos híbridos y otros productos complejos para el cliente minorista, entre los que se incluyen las participaciones preferentes, con el fin de evitar que se reproduzcan prácticas irregulares ocurridas durante los últimos años" y se reitera en la Exposición de Motivos, apartado IV de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre (RCL 2012, 1558) , de reestructuración y resolución de entidades de crédito, que trae causa de aquel, fruto del Memorando de Entendimiento elaborado por las autoridades europeas.

En relación a la naturaleza de las Participaciones Preferentes las sentencias dictadas por las diversas Audiencias Provinciales se centran en el carácter perpetuo de las mismas y algunas ofrecen la definición que ha elaborado la doctrina, mientras otras recogen el concepto resumido por la CNMV, que dice que "son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad pero también pérdidas en el capital invertido. Con independencia de su carácter perpetuo, el emisor, tratándose de una entidad de crédito, suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del Banco de España". En similar sentido las define el Banco de España, al señalar que nos encontramos ante "un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor (en el caso de las entidades de crédito, el Banco de España)".

En definitiva, podemos concluir que son elementos caracterizadores de las participaciones preferentes, los siguientes: a) en primer lugar, son valores emitidos por una sociedad, pero que no confieren -a diferencia de las acciones ordinarias- participación en su capital social ni derechos políticos; b) ostentan carácter perpetuo y su rentabilidad - generalmente de carácter variable- no está garantizada; c) sin perjuicio de lo anterior, pueden ser amortizadas por la entidad de crédito a partir de los cinco años, previa autorización del Banco de España; d) se

trata de un producto complejo y de riesgo elevado, de tal forma que puede generar tanto beneficios como pérdidas del capital invertido; e) no cotizan en Bolsa, sino que se negocian en un mercado secundario organizado; f) su liquidez es limitada, no siendo siempre fácil para el inversor recuperar el capital; g) en caso de insolvencia del emisor, los titulares de las mismas son los últimos acreedores en el orden de prelación de créditos.

CUARTO.- Efectuadas las anteriores consideraciones procede entrar a valorar si, a la luz de la prueba aportada a estos Autos, la actuación de ██████████, a lo largo del proceso de contratación del producto impugnado, puede considerarse correcta al haber respetado ésta, como sostiene, los deberes de información al cliente a los que, como entidad bancaria, venía obligada, lo que determinaría, consecuentemente, que la parte actora hubiera contratado conociendo las características y riesgos inherentes a aquél.

La postura del Banco radica en afirmar que, en los casos en que, a diferencia del ahora enjuiciado, una entidad financiera preste el servicio de asesoramiento de inversiones, la propuesta de inversión que dicha entidad realice sí debe efectuarse atendiendo a los conocimientos y experiencia inversora de su cliente, a su objetivo de inversión y a su situación financiera, pudiendo exigirse al Banco una mayor diligencia en la obtención de información y evaluación de la idoneidad del producto para el cliente. Ahora bien, cuando se realice por la entidad una mera labor de recepción, transmisión y ejecución de órdenes de compra, de manera que el Banco sólo lleve a cabo una simple tarea de custodia y administración de los instrumentos financieros, de conformidad con lo establecido en los apartados 1a, 1b) y 2a) del artículo 63 LMV, (como sería el supuesto ahora analizado en opinión de ██████████), no podrá entenderse que exista una recomendación personalizada al cliente por lo que, en modo alguno, podrá hablarse de asesoramiento con las consecuencias legales que dicho contrato comporta.

Pues bien, el artículo 63.1 g) LMV establece que se considera servicio 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 ya que dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial.

Como afirma la STJUE de 30-05-2013, caso Genil 48. S.L. “la cuestión de si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero e que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente”. Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el artículo 52 Directiva 2006/73 que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del artículo 4.4 Directiva 2004/39/CE al definir este último el servicio de asesoramiento 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”, mientras que el artículo 53 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.

La Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 18-04-2013, a la que se remiten, entre otras, las SSAP Madrid de 20-12-13 y de 10-02-14, tras hacer mención al régimen jurídico que habrá de regir el contrato de gestión de carteras de inversión, recoge el régimen jurídico del deber de información destacando la obligación, (ex artículo 79 de la LMV), de comportarse la entidad bancaria o crediticia con diligencia y transparencia en el interés de sus clientes asegurándose de que disponen de toda la información necesaria. Interpretada la normativa vigente a la luz y letra de la Directiva 1993/22/CEE, las empresas que actúan en el mercado de valores tienen la obligación de recabar información a sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, debiendo hacer hincapié en los riesgos que cada operación conlleva de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata.

QUINTO.- En el caso que nos ocupa no cabe duda que, en nuestro caso, [REDACTED] llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero pues la contratación del producto se efectuó debido a las indicaciones y recomendaciones ofrecidas por la empleada del Banco a su cliente, siendo éstas las que determinaron, como se sostiene en la Demanda, la suscripción del aludido producto que ahora se impugna.

En este sentido, la documental aportada junto con el escrito de Demanda ha de servir para poner de manifiesto que la demandante era una persona de cierta edad, que carecía de experiencia y conocimientos bastantes en materia financiera y que confiaba en las indicaciones procedentes de su Banco de toda la vida, motivo por el cual resulta patente que sus decisiones inversoras pasaban por el asesoramiento del personal de la Oficina bancaria donde la misma tenía depositados sus ahorros y a quienes trasladó su expreso deseo de que el dinero que poseía fuera depositado en productos sin riesgo alguno.

Así, la testigo doña [REDACTED] destacó, en el acto del Juicio, que la señora [REDACTED] era cliente desde hacía más de veinticinco años de la entidad bancaria, siendo el tipo de productos contratados, fundamentalmente, de naturaleza garantizada, por lo que entendió que su perfil era conservador. La señora [REDACTED] recomendó a la actora la suscripción de las Preferentes, producto que admitió era complejo, no diciéndole, sin embargo que las mismas conllevaran riesgos dado que la propia testigo confiaba en el buen funcionamiento de [REDACTED], según reconoció al ser preguntada. De esta forma, la comercial no explicó a su cliente que ésta podía llegar a perder su inversión porque no pensaba que tal situación pudiera darse.

En relación con el aspecto que nos ocupa, el Tribunal de Justicia, en su STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L. (C-604/2011) ya ha interpretado que una recomendación es «personalizada» si se dirige a una persona en su calidad de inversor o posible inversor y si se presenta como conveniente para esa persona o se basa en una consideración de sus circunstancias personales, siendo evidente que tales aspectos concurren en el caso analizado donde sólo mediante la recomendación efectuada por el Banco puede entenderse que la actora llegó a conocer la existencia de las Participaciones Preferentes.

SEXTO.- De cuanto acaba de ser expuesto se infiere que la labor de la demandada sólo puede ser entendida como un auténtico asesoramiento, (entendiéndose por tal, como ya se ha expuesto, la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión), debiendo tenerse por demostrado, igualmente, que el Banco incumplió su deber de prestar una información completa y veraz a la madre de los actores en relación con el producto que se le ofreció.

No nos hallamos ante una simple recomendación de carácter genérico y no personalizada, realizada en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros, sino que estamos, como ya se ha analizado, ante una un ofrecimiento por parte de ██████████ representativo de un verdadero asesoramiento a su cliente, lo que le obligaba a velar, de manera escrupulosa, por el cumplimiento de su obligación de información en los términos establecidos en el artículo 79 bis LMV.

El artículo 72 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, establece que, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis 6 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras deberán obtener de sus clientes, incluidos los potenciales, la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de éstos y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, la transacción específica que debe recomendarse, o que debe realizarse al prestar el servicio de gestión de cartera. En los apartados siguientes de este precepto se establecen unas condiciones para la obtención de la información, que debe responder a los objetivos de inversión del cliente, incluyéndose información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión debiendo ser aquélla de tal naturaleza que el cliente pueda, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos. También se indica en este precepto que cuando la entidad no obtenga la información señalada en las letras anteriores, no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente ni gestionar su cartera.

Ha de entenderse que la suscripción de este tipo de productos, dada su complejidad en relación al resto de contratos bancarios existentes, conllevaba que la entidad bancaria hubiera de ser extremadamente diligente en la obtención de la información sobre los datos esenciales de la misma, todo ello a fin de conocer qué concreto producto financiero era el más idóneo para ser ofrecido. También debió cerciorarse ██████████ de facilitar la información precisa para que el inversor pudiera ser plenamente consciente del objeto del contrato y de las consecuencias del mismo.

Como han tenido ocasión de señalar múltiples sentencias (SAP Gerona de 1 de septiembre de 2011 y de 18-10-12, entre otras), en la contratación de productos financieros no son aplicables los principios que rigen la contratación civil dado que éstos "han venido siendo sustituidos por una legislación especial que, en atención a una de las partes contratantes, o en atención a la naturaleza jurídica del contrato o a ambas situaciones, exige de una de las partes contratantes un determinado comportamiento frente a la otra o le restringen su

autonomía de la voluntad, siendo exponentes de dicha legislación la relativa a la protección de consumidores y usuarios, la de crédito al consumo, la reguladora de las condiciones generales de la contratación y la del mercado de valores, la cual deberá tomarse en consideración para resolver el presente litigio, como así hace la sentencia de instancia."

Ello supone la aplicación de las disposiciones de la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988, reformada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que incorpora al ordenamiento jurídico español las siguientes Directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros; la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito.

Dispone, a su vez, el art. 78 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), que los clientes minoristas gozan de un régimen de protección especialmente reforzado que varía en función del tipo de servicios que les preste la entidad de crédito, en concreto si se trata de un servicio de asesoramiento de inversión o simplemente de ejecutar la orden de inversión de un cliente. El artículo 4.1.4 de la Directiva 04 define "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". El artículo 52 de la Directiva 06 prevé que "...se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor, o en su calidad de agente de un inversor o posible inversor. Esa recomendación deberá presentarse como conveniente para esa persona o deberá basarse en una consideración de sus circunstancias personales, y deberá constituir una recomendación para realizar algunas de las siguientes acciones: a) comprar, vender, suscribir, canjear, reembolsar, mantener o asegurar un instrumento financiero específico...Una recomendación no se considerará recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o al público.". Así lo recoge el artículo 63.1.g) LMV, que lo define 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".

La información que la entidad de crédito debe proporcionar al cliente minorista cuando asesora viene establecida en el art. 79 bis LMV que, a su vez, traspone el art. 19 Directiva Mifid, si bien la obligación de información se regula con mayor detalle en el art. 72 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión.

Los preceptos citados obligan a la entidad financiera que recomienda un determinado producto al cliente minorista a realizar el llamado test de idoneidad. A tal fin, la entidad financiera debe recopilar una serie de información acerca de su cliente, información que se

refiere, de una parte a los conocimientos y experiencia de aquél en relación con el producto de inversión de que se trate, y de otra, a su situación financiera y objetivos de inversión, todo ello con la finalidad de poder recomendar el servicio financiero o producto de inversión que mejor se adapte a sus necesidades y más convenga a sus intereses (art. 79 bis LMV). La ley establece claramente que, cuando la entidad no obtenga esta información, se abstendrá de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente.

Concretamente, según establecen los artículos 64 y 72 del Real Decreto 217/2008, la entidad financiera viene obligada, antes de recomendar un servicio o instrumento a comprobar que, puesto en relación con la información que ha recogido de el cliente, el producto concreto "a) Responde a los objetivos de inversión del cliente en cuestión. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión. b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...), c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción o la gestión de su cartera..".

En definitiva, la ley impone a la entidad financiera la obligación de procesar la información recibida del cliente y ponerla en relación con el concreto producto que pretende recomendar y ello con la finalidad de informarle correctamente y asegurarse de que, antes de contratar el producto recomendado, cuenta con toda la información relevante para decidir si el que se le está ofreciendo es compatible con sus objetivos de inversión, si puede asumir los riesgos que el producto supone en relación a dichos objetivos y si cuenta con los conocimientos y experiencia suficientes para comprender los riesgos de la transacción que se propone realizar. La entidad financiera debe comprobar, con carácter previo a recomendar el producto, que es idóneo para ese cliente tomando en consideración sus necesidades y circunstancias.

SEPTIMO.- En el caso que nos ocupa debe concluirse, tras analizar en conciencia la prueba documental y testifical incorporada al procedimiento, que la información facilitada por [REDACTED] a la señora [REDACTED] no permitió a ésta conocer, con la suficiente realidad, el alcance, características y riesgos propios del producto adquirido. Así, constituye una cuestión de considerable relevancia el hecho de que la parte demandada no ha conseguido demostrar en esta litis que se hubiera facilitado a su cliente ningún documento para su estudio y lectura previa, ni que se hubieran ofrecido otros productos alternativos para su suscripción, por lo que sólo cabe concluir que la misma procedió a firmar los diversos papeles que se le mostraron en el momento de la adquisición, siempre en la confianza de que su perfil conservador, conocido sobradamente por el Banco, tendría su adecuado reflejo en el producto ofertado.

No consta, además, en relación con las Participaciones Preferentes cuya nulidad se insta, que se hubiera efectuado un Test de Idoneidad a la parte demandante, lo que permite concluir que nos hallamos ante un supuesto de clara dejación de las funciones exigibles a cualquier entidad financiera en los términos que han quedado ya expuestos, las cuales, dada la labor de asesoramiento realizada por [REDACTED], conforme al Real Decreto 217/2008 y a la Ley del

Mercado de Valores, imponían a ésta la obligación de obtener de sus clientes unas orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a las participaciones preferentes, aspecto que no puede tenerse por cumplido con la mera aportación del conjunto documental que se acompaña al escrito de Contestación.

En este sentido, la SAP Madrid de 10-02-14, con cita de la de 20-12-13, destacan que el Folleto Informativo o tríptico de emisión de las Participaciones Preferentes no permite, a un inversor minorista y conservador, conocer el alcance de la inversión que está realizando y de los riesgos que comporta ésta, los cuales son francamente elevados en la medida en que las Participaciones Preferentes son aportaciones de recursos propios, es decir, entregas de dinero voluntario y a fondo perdido que hacen los preferentistas a la entidad a cambio de una rentabilidad pactada, pudiendo deshacerse de ellas sólo mediante su venta en un mercado secundario, de lo que se infiere que se estaba dando dinero a fondo perdido a una entidad con graves problemas de liquidez inmediata y con enormes problemas para la devolución de la inversión, como sucedió con [REDACTED].

Como recuerda la STS de 18-04-13, las indicaciones del cliente sobre su perfil de riesgo y sus preferencias de inversión desempeñan una función integradora del contenido del contrato, lo que determina que sea fundamental que, al concertar el mismo, las preguntas formuladas al cliente para que defina su perfil de riesgo y los valores de inversión que pueden ser adquiridos por éste hayan de ser claras, debiendo el profesional informar sobre la exacta significación de los términos y de las condiciones generales referidas a dicho extremo, advirtiendo al cliente sobre la existencia de posibles contradicciones que pongan de manifiesto que la información no ha sido debidamente comprendida.

En el caso presente es lo cierto que no se efectuó el oportuno Test de Idoneidad, no habiéndose acreditado, tampoco, que el Test de Conveniencia, dada la forma en que se elaboraba, mediante un impreso preestablecido por el Banco, con un número limitado de preguntas genéricas y cuyas respuestas salían impresas por ordenador, hubiera permitido al Banco conocer cuáles eran las necesidades de inversión del cliente en función de sus conocimientos y experiencia financiera e inversora.

Como señala la SAP Madrid de 30-03-15, "En definitiva, como ya hemos dicho, si el incumplimiento del deber de información no vicia necesariamente el consentimiento, si puede incidir en la apreciación del error del cliente que cree contratar un producto de inversión, sin el riesgo asociado de sufrir pérdidas cuantiosas. Deber que no se satisface adecuadamente cuando queda reducido a la cumplimentación de un test estereotipado o preestablecido de modo genérico en el que destaca un tecnicismo confuso, al utilizar términos tales como "las características operativas de los derivados", "variables que intervienen en la evolución de este producto", disposición a "invertir en derivados cuya liquidez se negociase fuera de un mercado organizado y sin disponer de una contraparte organizada", sin que se preste, en definitiva, una información adecuada al nivel de conocimiento y formación en materia financiera del cliente, que permita inferir con la certeza suficiente y racional que aquél comprende el contenido del contrato ofrecido y que las probabilidades de obtener resultados negativos son incluso superiores a la de obtener el beneficio perseguido. En este caso se debió realizar un examen completo de los clientes e indagar sus conocimientos reales sobre las características de las participaciones Preferentes y de sus riesgos potenciales, y no solo a través de un test o interrogatorio superficial y de terminología técnica difícilmente comprensible para quien carece no ya de conocimientos en

materia económica o financiera, sino de una formación escolar básica, cuando además, el cumplimentado, a tenor de lo expuesto, no era el legalmente adecuado ni exigido”.

Así las cosas, debe concluirse que el conjunto de documentos obrantes en el proceso no podrá servir, como se pretende, para tener por cumplidas las obligaciones impuestas a la entidad bancaria dado que los mismos no incluyen los requisitos del artículo 74 del Real Decreto 217/2008 en cuya virtud : “A los efectos de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente. b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado. c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes.”

OCTAVO.- Del incumplimiento de estos deberes de información, de este estándar de diligencia, buena fe e información clara, completa y precisa que, como hemos visto, se erige en fundamento de la contratación bancaria, interesa la parte demandante se derive la consecuencia jurídica de la nulidad del negocio concertado.

En relación con la alegación de nulidad del consentimiento prestado en el proceso de contratación, es de significar que nuestra jurisprudencia, (entre otras, la SAP de Palma de Mallorca de 17-12-10), tiene reiteradamente declarado que para que el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, es decir, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que 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 (Sentencias de 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004); y, por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien los sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual 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 establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración, (STS de 18 de febrero y de 3 de marzo de 1994, que se citan en la de 12 de julio de 2002, y cuya doctrina se contiene, a su vez, en las de 24 de enero de 2003, 12 de noviembre de 2004 y 17 de febrero de 2005).

De conformidad con lo establecido en el artículo 1261 del Código Civil, para la validez del contrato se exige que concurra el consentimiento de los contratantes, objeto y causa. Con respecto al primero, que es sobre el que se plantean dudas en los presentes autos, éste consiste, conforme a reiterada doctrina, en un acuerdo de voluntades que se dirige a un fin común y se une, de modo que para su validez es preciso que exista una pluralidad de partes, que tengan capacidad, que exista una voluntad consciente, inteligente y libre y que se realice una declaración, en cuanto es necesario que el consentimiento se exprese y se declare, y por último que exista concordancia entre la voluntad interna y la declarada, de modo que el

artículo 1265 del Código Civil establece que es nulo, aunque ha de entenderse en término de anulabilidad, el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

El error supone un conocimiento falso de un hecho o una cosa, y para que pueda viciar el consentimiento el artículo 1266 exige que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fue objeto del contrato, o sobre aquellas circunstancias de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, por ello no tiene efecto anulatorio el error en la persona, salvo cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo. En definitiva, se exige que el error sea esencial, y exigiendo la jurisprudencia la necesidad de que sea excusable. En este sentido la Sentencia 18 de febrero de 1994 (RJ 1994\1096) declara que: «el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable requisito que el CC no menciona expresamente y que se deduce de los llamados principios de autoresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el art. 7 CC (LEG 1889\27). Es inexcusable el error (de la STS 4 enero 1982 [RJ 1982\179]), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular. De acuerdo con los postulados del principio de buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, pues la función básica de requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración; y el problema no estriba en la admisión del requisito, que debe considerarse firmemente asentado, cuanto en elaborar los criterios que deben utilizarse para apreciar la excusabilidad del error: en términos generales - se continúa- la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que 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 que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas: así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, (v. gr., anticuarios en la STS 28 febrero 1974 [RJ 1974\742] o construcciones en la STS 18 abril 1978 [RJ 1978\1361]). La diligencia exigible es por el contrario, menor, cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (STS 4 enero 1982 [RJ 1982\179]) y siendo preciso por último, para apreciar esa diligencia exigible, apreciar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no aunque no haya incurrido en dolo o culpa se concluye».

El dolo, por su parte, en cuanto elemento que puede también llevar a una inválida formación de la voluntad, conforme a reiterada doctrina, es sinónimo de mala fe, y supone toda maquinación o artificio de que se sirve uno de los contratantes para engañar al otro, e inducirle a celebrar el contrato, que de no haber concurrido no lo hubiese celebrado. Para su admisión se exige, de conformidad con lo establecido en el artículo 1270 del Código Civil (LEG 1889\27), que sea grave: no basta con meras reticencias o disimulos; que lo realice uno de los contratantes, y que no se emplee por ambas partes, de ahí que la Sentencia de la Sala 1º del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1999 (RJ 1999\9380) declare que es necesario la concurrencia de dos elementos esenciales «como es el subjetivo o ánimo de perjudicar -cuestión de derecho- y el objetivo una actuación inequívoca en la que trascienda el antedicho ánimo - cuestión de hecho-. En todo caso, dicha actividad dolosa ha de ser

probada inequívocamente sin que basten meras conjeturas o indicios (S de 13 de mayo de 1991 [RJ 1991\3664])», y en cuanto a los requisitos agrega: «se exigen para que el dolo pueda actuar, y que son plasmados en la sentencia de esta Sala, de 11 de mayo de 1993 (RJ 1993\3539), como son: a) Una conducta insidiosa dirigida a provocar la declaración negocial. b) Que la otra voluntad negociadora quede viciada en su libertad y conocimiento por tal conducta. c) Que todo ello determine la actuación negocial. d) Que sea grave. e) Que no se haya causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes”.

En este mismo sentido señalaba la Sentencia de 11 de julio de 2007 (RJ 2007\5132) que «el dolo abarca no sólo la maquinación directa sino también la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte, sin que lo invalide la confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada - STS 15-6-95 (RJ 1995\5296), con cita de otras anteriores, y en términos muy similares SSTS 23-7 (RJ 1998\6199) y 31-12-98 (RJ 1998\9755) -, de suerte que habrá dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico - STS 19-7-06 (RJ 2006\3993) -.»

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012 establece que hay error/vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

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. Dispone el artículo 1266 del Código Civil 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 - sentencias de, 4 de enero de 1982, 295/1994, de 29 de marzo, entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil-. 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.

Se expuso antes que el error/vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo 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.

El error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982, 756/1996, de 28 de septiembre, 726/2000, de 17 de julio, 315/2009, de 13 de mayo - exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando 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.

NOVENO.- En el presente procedimiento ha quedado acreditado, a tenor de cuanto ha quedado expuesto con anterioridad, que no se ofreció por la parte demandada a su cliente una información suficiente y adecuada sobre las características del producto suscrito, ni tampoco sobre los riesgos asumidos con la contratación, no pudiendo olvidarse que nos encontramos ante una persona de cierta edad, que carecía de experiencia en el sector financiero y de conocimientos y formación bastante en este campo como para comprender este tipo de contratos de mera adhesión.

Ha de tenerse en cuenta la complejidad de este tipo de mercados y de la contratación que en los mismos se desarrollan. Tal complejidad requiere para el inversor conocimientos técnicos y experiencia de los que a menudo carece. Por otra parte, no cabe desconocer que la entidad bancaria se encuentra en una situación ventajosa frente al cliente, en tanto tiene más información sobre los aspectos técnicos del mercado en el que participa y los productos que ofrece, lo que le permite hacer previsiones sobre la evolución de éstos y aquellos, con mucha más precisión que los clientes a los que asesora. Asimismo, conviene señalar que no es extraño, precisamente por la complejidad de los productos y la falta de conocimientos de los clientes, que las decisiones de los clientes sobre contratación de uno u otro producto aparezcan mediatizadas por la existencia de una especial relación de confianza entre el particular y la entidad financiera con la que ha venido contratando de forma habitual. Estas son las circunstancias por las que la legislación especial impone a las entidades financieras la obligación reforzada de informar a sus clientes de forma transparente.

Desde ese punto de vista, nuestros Tribunales han venido a sostener que el cumplimiento por parte de la entidad financiera de las obligaciones que en materia de información impone la ley constituye el presupuesto para la válida prestación del consentimiento por el particular, de modo que, la falta de cumplimiento de las normas citadas puede llegar a afectar de modo dramático y radical a la validez del contrato suscrito. En íntima relación con el aludido deber de información del Banco, entre otras, la SAP de Asturias de 27-01-10, destaca que el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de este tipo de servicios, siendo su finalidad tanto lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible.

A los efectos de describir qué ha de entenderse por información comprensible, clara y transparente, resultan ilustrativas la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sec. 9ª, S 26-4-2006, nº 168/2006, rec. 88/2006. Pte: Martorell Zulueta, Purificación (El Derecho EDJ 2006/305502), y la sentencia del Tribunal supremo de 17-6-2010, confirmando la anterior (Nº de Recurso: 1506/2006, Nº de Resolución: 375/2010, Id. Cendoj: 28079110012010100487) que recogen que: "El Tribunal Supremo, Sala Primera, en sentencia de 13 de marzo de 1999 -Ponente: O'Callaghan Muñoz, La Ley Juris: 3543/1999 -

dice, en relación con las condiciones generales de la contratación y el artículo 5.4 de la L 7/1998, de 13 de abril, que: "...deben ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, lo que significa que deben reunir el doble requisito de legible, físicamente, y comprensible, intelectualmente".

Por su parte, la Sentencia núm. 112/2003 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14), de 10 febrero Recurso de Apelación núm. 449/2001(AC 2003147) ha expresado que: "Las entidades financieras son la piedra fundamental del edificio de la economía y, por ello, el ordenamiento jurídico reviste de especial rigor el cumplimiento puntual de las obligaciones contraídas tanto por las entidades financieras como por los clientes. El legislador ha establecido un derecho de los contratos financieros, legal y reglamentario de naturaleza mixta, jurídico-privada (contabilidad, publicidad, información obligatoria y contratación) y jurídico-pública, (régimen reforzado de sanciones administrativas), con una doble finalidad, garantizar la transparencia de las operaciones frente a clientes e inversores y la represión de los desequilibrios en la contratación de los productos financieros", estimando, finalmente, la demanda resolutoria del contrato al apreciar un incumplimiento grave en la entidad financiera, que incumplió su deber de entregar el folleto informativo-explicativo, que la sentencia califica de esencial para la formación del consentimiento del suscriptor.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 7/4/2010 (JUR 2010, 174861) recuerda, igualmente, que la falta de una información precisa, correcta y adecuada por parte del Banco demandado y que éste estaba obligado a proporcionar acerca de las características de los productos suscritos por el demandante, así como el alcance de las obligaciones y del riesgo asumido, conlleva a tener por concurrentes los presupuestos de la existencia de error excusable en las demandantes sobre la esencia de los negocios contratados con aptitud suficiente para invalidar el consentimiento.

En relación con el "onus probandi" del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, es de señalar que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (Sentencia A. P. Valencia de 26-04-2006 (JUR 2006, 272575) SAP Asturias de 16-09-11).

La reciente STS de 20-01-14 recuerda que 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 tales 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, de manera que cuando dicho error recae sobre el objeto del contrato, afectando a los concretos riesgos asociados al mismo, es evidente que la representación mental que el cliente se hizo de lo que contrataba era equivocada, siendo este error esencial por afectar a las presuposiciones que fueron la causa principal de la contratación del producto financiero.

La SAP Madrid de 10-02-14 indica que no cabe duda que el dolo concurrió en la medida en que no se comunicó al cliente la real situación financiera en que se encontraba Caja Madrid, ni se relacionó a ésta con la posible frustración de la adquisición de las Participaciones Preferentes, como tampoco se incidió en la significación de la perpetuidad de la inversión y en la difícil enajenación del producto. Es por todo ello que debe considerarse que concurrió dolo omisivo al no haberse informado adecuadamente al demandante del producto extremadamente complejo que estaba adquiriendo, generándose, en consecuencia, el error invalidante que afectó al objeto del propio contrato, lo que habrá de conllevar a apreciar la nulidad interesada.

La indicada Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de enero de 2014, recurso 879/2012, estudia la normativa citada a la luz de la sentencia TJUE C-604/11 a propósito de otros producto bancario, el SWAP, con argumentos que son de aplicación al que aquí examinamos. Indica que la falta de realización del test de idoneidad puede dar lugar a diferentes consecuencias jurídicas, si bien analiza únicamente la incidencia de la infracción por parte de la entidad financiera de los deberes previstos en el art. 79bis LMV en la válida formación del contrato, y, en concreto, en la posible apreciación de error, al ser éstos los extremos cuestionados en la casación. Declara esta resolución, en su fundamento de derecho 12, que “el hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, 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”... “De este modo, el deber de información contenido en el apartado 3 del art. 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el swap de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que permita la anulación del contrato. Para cubrir esta falta de información, se le impone a la entidad financiera el deber de suministrarla de forma comprensible y adecuada” ...En su fundamento de derecho 13 expone la Sentencia del Pleno el posible efecto de la ausencia del preceptivo test de idoneidad en la apreciación de la existencia de error vicio declarando que “ 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 tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, 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 del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo”.

Estas declaraciones del Alto Tribunal sobre el swap son aplicables al producto financiero

objeto de este proceso, al tratarse también de un producto complejo, encontrarnos igualmente ante una labor de asesoramiento, tal como resulta de la sentencia TJUE C-604/11, ya haberse obviado asimismo la realización del preceptivo test de idoneidad.

Igualmente, la SAP Madrid de 04-06-14, en un caso esencialmente idéntico al ahora enjuiciado, apreció la existencia de vicio claro en el consentimiento prestado que hizo a los actores adquirir un producto complejo de máximo riesgo, de carácter perpetuo, cuando la situación financiera de Caja Madrid era ya insostenible y quebrantando, en todo caso, el deber de información y la diligencia profesional, patrocinando un conflicto de intereses (los derechos del cliente enfrentados a los de la banca comercializadora de las participaciones preferentes), añadiendo que también podría decirse que el consentimiento se vio viciado por el dolo, en este caso omisivo, por no haberse proporcionado a los demandantes información completa acerca del producto, en especial acerca de la verdadera situación financiera de la entidad comercializadora; pues constituye dolo "la reticencia consistente en la omisión de hechos o circunstancias influyentes o determinantes para la conclusión del contrato y respecto de las que existe el deber de informar según la buena fe y los usos del tráfico" (Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 25 abril 2009 , 5 mayo 2009 y 5 marzo del año 2010).

No puede obstar a lo anterior la invocada doctrina de los actos propios pues, como recuerda la SAP Islas Baleares de 03-03-14, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2008, los requisitos para que pueda aplicarse el principio "venire contra factum proprio non valet" son: "a) que el acto que se pretenda combatir haya sido adoptado y realizado libremente; b) que exista un nexo causal entre el acto realizado y la incompatibilidad posterior; c) que el acto sea concluyente e indubitado, por ser "expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar o extinguir algún derecho generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto". Pues bien, parece evidente que esta doctrina no es aplicable cuando el acto al que supuestamente habría quedado vinculado la parte, esto es, el contrato de compra de participaciones preferentes, está viciado por deficiencias en la formación del consentimiento. En este mismo sentido ha señalado el Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de septiembre de 2009 que la doctrina de los actos propios "tiene como presupuesto que sean válidos y eficaces en derecho, por lo que no procede su alegación cuando están viciados por error". Del mismo modo, tampoco constituye acto propio el conocimiento y la aceptación de las primeras liquidaciones del contrato, pues fueron éstas las que permitieron la persistencia en el error de manera que los actores siguieran creyendo que el contrato hoy impugnado era algo distinto de lo que verdaderamente habían suscrito.

Así las cosas, conforme a la Jurisprudencia analizada, y teniendo por cumplidos, en el supuesto analizado, los presupuestos del error/vicio en la prestación del consentimiento llevado a cabo por DOÑA [REDACTED], procederá apreciar la nulidad en los términos que se postulan en su Demanda, al haber sido la actuación del Banco contraria a los principios de claridad y transparencia que inspiran las buenas prácticas y los usos financieros en los términos contemplados en la normativa expuesta, en su relación con la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios 26/1984 de 19 de Julio, y demás normas concordantes, ya que, al haberse ofrecido una información sesgada acerca del producto financiero objeto de la inversión, (producto de complejidad), se condujo a la actora, de

manera inexorable, a una situación de pleno desconocimiento en cuanto al alcance real del producto que estaba contratando, (artículo 1261 CC), lo que debe conllevar a estimar la Demanda origen de las presentes actuaciones, declarando la existencia, en el caso enjuiciado, de un vicio invalidante de su consentimiento, el cual habrá de conducir, a su vez, a la anulabilidad de la orden de suscripción de Participaciones Preferentes Caja Madrid 2009, efectuada el 22-05-09, por importe de 30.000 euros, condenando a la demandada a restituir el precio total de la suscripción, al que habrá que restar el importe de los intereses o rendimientos brutos percibidos por la cliente, siendo obligación de la parte actora restituir los Títulos que pudieran hallarse en su poder, con los intereses legales correspondientes desde la fecha del percibo de los correspondientes rendimientos.

Respecto de este punto es de recordar que la Sentencia de la Sección Segunda del TS, de fecha 18 de junio de 2014 ha determinado el reconocimiento a favor del Banco del derecho a que le sea restituido el importe de los intereses brutos que fueron liquidados y abonados a favor de la parte actora, siendo este el criterio seguido, entre otras, por la SAP Madrid de 02-12-15 SAP, la SAP Cantabria, Sección 4ª, 29 de abril 2015, recurso 378/2014, SAP Madrid, Sección 25ª, del 16 de julio de 2015 y SAP Madrid de veintitrés de noviembre de dos mil quince, entre otras.

DECIMO- La cantidad de 30.000 euros habrá de ser incrementada con los intereses legales correspondientes desde la fecha de la adquisición de las Participaciones Preferentes y hasta su completo pago, (artículos 1100, 1101, 1108, 1109 y 1303 CC), siendo de aplicación el artículo 576 LEC desde la fecha de la Sentencia. La Audiencia Provincial de Madrid ha defendido, de forma reiterada, que los intereses legales deben ser abonados desde la fecha de contratación del producto con el fin de restablecer « la situación económica previa a la declaración de nulidad » (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2008, 15 de abril de 2009, 5 de marzo y 12 de noviembre de 2010), muestra de lo cual son, entre otras, las sentencias de 18 de diciembre de 2014 (recurso 258/2014), de 24 de septiembre de 2015 (recurso 209/2015) y de 22 de octubre de 2015 (recurso 380/2015).

UNDECIMO.- Las costas causadas en este procedimiento habrán de ser impuestas a la parte demandada; a tenor del criterio objetivo del vencimiento que rige en nuestro ordenamiento jurídico procesal, (artículo 394 de la LEC actual).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

FALLO:

Que ESTIMANDO la demanda formulada por DOÑA [REDACTED], representada por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén y dirigida por el Letrado don Carlos Pelluz Carbonell, contra [REDACTED], representada por el Procurador don [REDACTED] y asistida del Letrado don [REDACTED], debo DECLARAR Y DECLARO la anulabilidad de la orden de suscripción de Participaciones Preferentes Caja Madrid 2009, de fecha 22-05-09, por importe de 30.000 euros objeto de esta litis, CONDENANDO a la demandada a restituir el

precio total de la suscripción, al que habrá que restar el importe de los intereses brutos percibidos por la cliente, siendo obligación de la parte actora restituir los Títulos que pudieran hallarse en su poder, con los intereses legales correspondientes desde la fecha del percibo de los correspondientes rendimientos.

La cantidad de 30.000 euros habrá de ser incrementada con los intereses legales correspondientes desde la fecha de la adquisición de las Participaciones Preferentes y hasta su completo pago, siendo de aplicación los intereses previstos en el artículo 576 LEC a partir de la Sentencia, y todo ello con expresa imposición a la parte demandada de las costas procesales.

Así por esta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos originales, la pronuncio, mando y firmo.

Contra esta Sentencia cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, que podrá interponerse ante este Juzgado en el plazo de veinte días contados a partir de la fecha de su notificación, debiendo, a tal efecto, efectuar la consignación del depósito a que hace mención la DA 15 de la LOPJ, según reforma introducida por la LO 1/09.

PUBLICACION.- La anterior Sentencia ha sido leída y publicada por la misma Magistrada-Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia que la dictó, estando celebrando Audiencia Pública en el mismo día. Doy fe.