



Roj: SAP SO 32/2015 - ECLI:ES:APSO:2015:32
Id Cendoj: 42173370012015100032
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Soria
Sección: 1
Nº de Recurso: 59/2015
Nº de Resolución: 47/2015
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE LUIS RODRIGUEZ GRECIANO
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

SORIA

SENTENCIA: 00047/2015

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SORIA

ROLLO APELACION CIVIL: RECURSO DE APELACION (LECN) 59/15

Juzgado procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN DE SORIA Nº 1

Procedimiento de origen: Procedimiento Ordinario 270/13

SENTENCIA CIVIL Nº 47/2015

Tribunal

Magistrados/as:

D. José Manuel Sanchez Siscart (Presidente)

D. José Luis Rodriguez Greciano

Dª María Belén Pérez Flecha Díaz

=====

En Soria, a veintiuno de mayo de dos mil quince.

Esta Audiencia Provincial de Soria, ha visto el recurso de apelación civil arriba indicado, dimanante de los Autos de Procedimiento Ordinario nº 270/13, contra la sentencia dictada por el JDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN Nº 1 DE SORIA, siendo partes:

Como apelante y demandante Edemiro representado por el Procurador Sra. Alcalde Ruiz, y asistido por el Letrado Sr. Lorenzo Tejedor de Santos.

Y como apelado y demandado BANKIA, CAJA MADRID FINANCE PREFERRED representado por el Procurador Sra. González Lorenzo y asistido por el Letrado Sr. Reglero Vicente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En fecha de 5 de julio de 2013, se interpuso demanda ante el Juzgado Decano de esta ciudad, en procedimiento ordinario, por parte de la Procuradora Sra. María de las Nieves Eustaquia Alcalde Ruiz, en nombre y representación de D. Edemiro , contra Bankia SA, ejercitando la nulidad del contrato de participaciones preferentes, que fue turnado al Juzgado de Primera Instancia 1 de esta ciudad, dictándose decreto, tras subsanarse los defectos procesales observados, en fecha de 26 de julio de 2013, por dicho órgano judicial, acordando el emplazamiento de la parte demandada, que contestó a la demanda, en fecha de 10 de octubre de 2013, por medio de la Procuradora Sra. Nieves González Lorenzo.

SEGUNDO .- En fecha de 10 de octubre de 2013, existió contestación a la demanda, por parte de la Procuradora Sra. Nieves González Lorenzo, en nombre y representación de Caja Madrid Finance Preferred

SA, entendiéndose que estaba legitimada pasivamente en este procedimiento, y dictándose resolución, en el órgano judicial, en fecha de 14 de octubre de 2013, dando vista a las partes, a fin que alegaran lo que a su derecho convenía respecto de dicha contestación. Estimándose la petición de intervención voluntaria instada por la representación de dicha entidad, en virtud de auto de fecha de 10 de diciembre de 2013, dictado por el órgano judicial.

TERCERO .- Se señaló día para la correspondiente audiencia previa, para el 28 de abril de 2014, y después de proponerse medios de prueba, se acordó fijar día para la celebración de la vista, para el 13 de enero de 2015, practicándose la correspondiente prueba propuesta en dicho día.

CUARTO .- En fecha de 26 de febrero de 2015, se dictó sentencia, en el órgano judicial, en cuya parte dispositiva constaba el siguiente pronunciamiento: Que desestimo la demanda interpuesta por D. Edemiro , frente a Bankia SA (anteriormente Caja de Ahorros de Madrid), con imposición de costas a la parte demandante. Interponiéndose frente a dicha resolución, recurso de Apelación por parte de la parte demandante, dándose traslado a la parte demandada, a través de su representación procesal conjunta a todas ellas, y tras transcurrir el plazo sin haber escrito de impugnación, procedieron los autos a ser remitidos a este órgano colegiado, dictándose resolución seguidamente, acordando la fijación de día para deliberación, votación y fallo, y designándose Magistrado Ponente, y quedando los autos vistos para resolución, desde dicha fecha. Habiéndose observado, en la tramitación de este recurso las prescripciones legales oportunas.

Ha sido designado Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. José Luis Rodríguez Greciano, quien expresa el parecer de esta Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Frente a la Sentencia de Instancia, se alza la representación procesal de la parte actora, a través de una serie de motivos de Apelación. Que descansan, básicamente, en el hecho de la existencia de un error en la valoración de la prueba.

En primer lugar, convendría aludir a la intervención voluntaria de Caja Madrid Finance Preferred SA, que fue admitida como tal, por medio de auto, de fecha de 10 de diciembre de 2013, dictado por el órgano judicial. Entendiéndose que "la entidad en cuestión, tiene interés legítimo y directo en el procedimiento como litisconsorte adhesivo de la demandada Bankia".

Al respecto, convendría recordar la doctrina fijada en un caso similar por la AP de Madrid, en su sección 11, en sentencia de fecha de 16 de febrero de 2015 , en un supuesto de intervención voluntaria de esta última entidad, Caja Madrid Finance Preferred SA, donde señalaba que efectivamente mediante auto, en este caso, de 10 de diciembre de 2013, el juzgado acordó admitir la intervención voluntaria solicitada por esta última.

Como quiera que esa sección ha tenido ocasión de pronunciarse anteriormente sobre tal cuestión en un supuesto de claras coincidencias fácticas, es útil expresar el contenido de otra anterior sentencia, de esa Sección, de fecha 10-7-2014 (rollo 457-13); señalábamos en dicha resolución, resumiendo el problema, lo siguiente: "La demanda se dirige contra BANKIA S.A. (como sucesora de Caja Madrid) por la incorrecta y defectuosa comercialización de las participaciones preferentes.

La demanda no se dirige contra la "emisora" de la participaciones, que fue CAJA MADRID FINANCE PREFERRED S.A. Ésta no era más que una sociedad instrumental para captar fondos cuyo destino era CAJA MADRID, quien en definitiva sería quien tenía que satisfacer las remuneraciones de las preferentes. Caja Madrid Finance Preferred S.A., filial de Caja Madrid, se constituyó el 14 de septiembre de 2004, y su objeto social consiste en la emisión de participaciones preferentes.

En definitiva, el **itinerario** seguido para la comercialización de las preferentes se puede sintetizar de la siguiente forma:

Caja Madrid Finance Preferred emite participaciones preferentes, que son colocadas a los clientes de Caja Madrid por su potente red comercial.

Los fondos obtenidos por Caja Madrid Preferred se invierten en la matriz Caja Madrid, instrumentados a través de depósitos subordinados cuyos intereses (ligeramente superiores a los de las participaciones preferentes), se liquidan en las mismas fechas en las que se liquidan los intereses de las emisiones de participaciones preferentes.

Con los intereses de los depósitos subordinados de Caja Madrid se remuneran las participaciones preferentes emitidas por Caja Madrid Finance Preferred S.A.

Caja Madrid Finance Preferred y Caja Madrid tiene el mismo domicilio social, sito en el nº 189 del Paseo de la Castellana, de Madrid.

Caja Madrid ostentaba el 100% del capital social de Caja Madrid Finance Preferred (el 99,9% directamente y el 0,1% indirectamente a través de Corporación Financiera Caja de Madrid, S.A.), es decir, la voluntad social de Caja Madrid Finance Preferred es nula, siendo sus intereses los mismos que los del grupo en que se integra.

De tal manera que Caja Madrid ha venido actuando, en su relación con los demandantes, como la verdadera responsable de la contratación que aquellos llevaron a cabo de las participaciones preferentes.....De ahí que no deje de resultar, como menos, extraño que ahora BANKIA, o alternatively, Caja Madrie Finance Preferred SA, pretenda exigir al cliente que extienda la demanda a otra persona jurídica distinta - CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, S.A.- con la que no contrató.

El principio de relatividad de los contratos (art. 1.257 CC) obliga a reclamar o defender los derechos y obligaciones derivados de los contratos frente a aquellas personas o entidades que han sido parte en dichos contratos. Si los demandantes contrataron con CAJA MADRID y ahora BANKIA es la sucesora de Caja Madrid, **es lógico que la demanda -en la que se ejercita una acción contractual de anulación de contrato- vaya dirigida contra BANKIA, y no exista razón alguna por la que los demandantes estén obligados a demandar a una tercera entidad -que tal vez ni conozcan, en nombre ni en finalidad- y con la que no contrataron. Y será responsabilidad de BANKIA el procurar que la sentencia que en su caso pueda favorecer a los clientes (por declarar la nulidad y ordenar la restitución recíproca de prestaciones) sea cumplida, acudiendo si es necesario a las entidades que a partir de la matriz hayan podido surgir y formar grupo** . No en vano ella misma se proclama como "garante" en el Folleto por virtud del cual pretende desplazar la responsabilidad sobre esa tercera entidad.

Esta doctrina sirve para el caso de autos, en un supuesto como el presente, de intervención voluntaria adhesiva, a la demandada Bankia SA -así se denomina su intervención en el fundamento de derecho único del auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia de fecha de 10 diciembre de 2013-, de tal manera que a diferencia de lo alegado por la misma, en su escrito de contestación, donde se exigía a este órgano judicial, que en caso de estimar la demanda, "se concretara la acción contra cada una de ellas, y el importe que se reclama a cada una de las mismas, concretando la acción que se ejercita contra Bankia SA y contra su representada, y determinando qué importe se reclama contra cada una de las entidades", dado que, en virtud de lo anteriormente citado, y razonado, la demanda fue dirigida contra Bankia, y será responsabilidad de esta entidad "el procurar que la sentencia que en su caso ha de favorecer a la parte actora, como luego veremos, sea cumplida, acudiendo si es necesario a Caja Madrid Finance Preferred SA, para ello", sin que sea preciso, en esta resolución que ponga fin al procedimiento, concretar qué tipo de acción es dirigida contra cada entidad, o qué cantidad ha de responder cada entidad, porque, como queda dicho, será Bankia SA, la que tendrá obligación de cumplir con la sentencia, acudiendo a sus filiales, entre ellas Caja Madrid Finance Preferred para ello, siendo la citada entidad, la única condenada a cumplir el contenido de la sentencia.

De hecho, existen múltiples resoluciones judiciales, donde ni tan siquiera ha dado lugar a la intervención procesal de Caja Madrid Finance Preferid, pero siendo lo cierto que en este caso sí ha tenido lugar, la sentencia condenará a Bankia, y será Bankia la encargada exclusivamente de ejecutar y cumplir el contenido de la resolución judicial.

SEGUNDO.- Dicho lo anterior, vamos a analizar el contenido del procedimiento. Se demanda a Bankia, como sucesora de Caja Madrid, ejercitando la acción de nulidad de contrato de participaciones preferentes. Habiendo sido concertado por el actor, en fecha de 22 de mayo de 2009, con la entidad Caja Madrid.

El actor, tiene un grado de minusvalía reconocida del 46 %, por discapacidad física, y una movilidad reducida de 8 puntos (folio 22 de los autos), siendo lo cierto que en la fecha de 22 de mayo de 2009, procedió a ordenar la suscripción, en el mercado primario, de "participaciones preferentes Caja Madrid 2009", figurando que la rentabilidad sería la media ponderada, y siendo el nominal de 35.000 euros. Siendo la fecha de valor de 7 de julio de 2009.

Acompañándose, al momento de suscripción de dicha orden, de un folleto informativo con el anagrama de Caja Madrid, donde se venía a establecer que "el actor, era cliente minorista, debiéndose otorgar al mismo el nivel de protección máximo".

En autos, consta el test de conveniencia, donde se determinaba que "el actor conocía el funcionamiento general de mercados financieros", conociendo "las características operativas de renta fija, solo los necesarios",

y conociendo "el funcionamiento general de las variables de deuda perpetua o participaciones preferentes", habiendo realizado inversiones en renta fija, en los últimos 12 meses.

Señalando que el producto, en cuestión, era conveniente para el mismo, a pesar de tener experiencia exclusiva en inversiones en renta fija, y que conocía las características operativas, solo en las necesarias, de **renta fija, no variable**.

Ante ello, la parte demandada alegó caducidad en la acción. Por cuanto, entendía que la acción estaría caducada, al haber transcurrido más de 4 años, desde la fecha de la orden de suscripción, y la fecha de interposición de la demanda. Alegó, a su vez, litisconsorcio pasivo necesario, por la necesidad de emplazar a Caja Madrid Finance Preferred SA, y posteriormente, procedió a aludir a motivos de desestimación de la demanda.

En la medida que la Juez a quo, ha desestimado la petición de la parte actora, y aún cuando resultaron desestimadas dichas excepciones en la instancia, vamos a resolver sobre el particular.

Tal como expone la Sentencia de la AP de Barcelona, sección 1, de 23 de marzo de 2015, con respecto a la alegación de la caducidad de la acción, hemos de decir, que aunque la naturaleza de la acción de nulidad relativa o anulación no es pacífica: si caducidad o prescripción, decididamente la acción no se encuentra caducada. Desde la compra/canje de las participaciones preferentes, mayo de 2009, con fecha de valor del 7 julio 2009, que es la fecha de desembolso de la emisión, según se ha descrito anteriormente, hasta la presentación de la demandada, el día 5 julio 2013, no han transcurrido los cuatro años señalados por el art. 1.301 del C. civil para la caducidad.

Pero en cualquier caso, y como bien razonó la Juez a quo, la fecha de inicio del cómputo de caducidad, no podría entenderse que tuvo lugar hasta la fecha de la realización de todas las obligaciones derivadas del contrato. Y siendo lo cierto que el contrato es perpetuo, como se deriva del folleto informativo, siendo la periodicidad de la retribución trimestral, es obvio que no habrían transcurrido los plazos de caducidad.

En cuanto a la otra excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, hemos de indicar la entidad Bankia, insiste en que Caja Madrid Finance Preferred SA debe estar en el proceso como parte interesada, siendo BANKIA SA únicamente garante de la emisión, por lo que acusa nuevamente infracción del art. 12-2 LEC.

El motivo se desestima. Es verdad que Caja Madrid sólo fue garante de la emisión de 2009, mas también que el numerario obtenido por aquélla entró a formar parte de sus recursos propios, y que es público y notorio que Banco Financiero y de Ahorros, también conocido por las siglas BFA, surgió de la unión mediante un SIP (Sistema Institucional de Protección o fusión fría) del negocio bancario de siete cajas de ahorros españolas: Caja Madrid, Bancaja, La Caja de Canarias, Caja Ávila, Caixa Laietana, Caja Segovia, y Caja Rioja. Se constituyó el 3 de diciembre de 2010 y comenzó a operar el 1 de enero de 2011.

BFA iba a ser el responsable de heredar la actividad financiera y bancaria que hasta ese momento venían llevando a cabo las cajas. Sin embargo, BFA decidió crear una filial llamada BANKIA con la cual las cajas segregarían su negocio bancario (red de oficinas, cartera de clientes, etc.), mientras que BFA se quedaría con los activos tóxicos procedentes del sector de la construcción que acumulaban las cajas, dejando así una BANKIA limpia de estos productos y permitiendo su salida a bolsa.

En consecuencia, Caja Madrid Finance Preferred SA no es más que una filial al 100% de Caja Madrid, hoy BANKIA SA, de cuyos recursos ésta se nutria para aumentar los suyos propios, por lo que demandando a la matriz se demanda a su filial, pues se ha producido o bien una sucesión empresarial con responsabilidad por las deudas sociales anteriores (art. 48 de la Ley 3/2009, de 3 abril de modificaciones estructurales) o una asunción cumulativa de deuda (art. 1.205 civil), siendo ambos responsables solidarios (art. 1.137 c. civil).

En cualquier caso, y siguiendo la línea doctrinal de la SAP de Guadalajara de 23 de marzo de 2015, y, en relación con la excepción opuesta en la instancia de litisconsorcio pasivo necesario, es preciso mantener su desestimación, si bien en cualquier caso es un tema ya resuelto por diversas Audiencias Provinciales entre ellas la de Madrid, Sección 19ª, S de 10 Mar. 2014 que parte de considerar que "La sociedad Caja Madrid Finance Preferred S.A es instrumental de la primera -Caja Madrid, actualmente Bankia- (ver datos referidos a la repetida entidad en cuanto a capital, domicilio, falta de empleados y misma cúspide directiva), de manera que la configuración y el alcance de las propias participaciones preferentes se lleva a cabo a través de Caja Madrid, hoy Bankia, sin olvidar, ciertamente, que lo realmente importante es la intermediación, la relación entre la configuración de la participación preferente y la adquisición por los distintos clientes, labor que lleva a cabo Caja Madrid, resaltándose de la documentación que se entrega al cliente el carácter perpetuo de la repetida

inversión y las dificultades, obviamente, que comporta el rescate, como luego se vino a demostrar con hechos posteriores, reflejados en todos los medios de comunicación y quien convence al cliente (al partícipe) para la adquisición de las participaciones preferentes -no es la sociedad que se pretende que intervenga en el litigio y sí la sociedad matriz, que tiene el 100 por 100 del capital de la sociedad que emite las participaciones, de manera que cualquier problema relativo a la adquisición de las citadas participaciones tiene que residenciarse en quien materialmente las vende y coloca, utilizando los necesarios mecanismos para convencer al cliente del carácter positivo de la inversión que pretenda realizar; aquí, por tanto, tendrán que situarse la nulidad que se pueda interesar del contrato o contratos de adquisición de las repetidas participaciones; es preciso también destacar que los ingresos por la adquisición de las participaciones preferentes se depositan en Caja Madrid (Bankia), que es la que establece los intereses a abonar y los intereses que también se fijan, según parece deducirse de lo actuado, a favor de la entidad emisora de las participaciones." Y concluye mas adelante "en definitiva no puede hablarse de interés directo y legítimo en la participación en el pleito cuando la entidad que pretende la demandada comparezca es una sociedad total y absolutamente instrumental y administrada total y absolutamente por la empresa matriz, que es, obviamente, la que ha marcado los grandes parámetros de las participaciones preferentes que desde el artículo 7 de la ley 13/1985, de 25 mayo (LA LEY 1260/1985), forman parte, las repetidas participaciones preferentes, de los recursos propios de las entidades de crédito, cuya cualidad, ciertamente ostenta Caja Madrid , hoy Bankia, que, en todo caso, como sociedad matriz velará por los intereses de la sociedad anónima que se pretende intervenga en el presente litigio, máxime, como ya dijimos, cuando coinciden las sedes, los equipos directivos y se utilizan por la repetida sociedad instrumental los mismos empleados de la sociedad matriz. Así las cosas se comprenderá la imposibilidad de dar entrada al artículo 12.2 de la ley de enjuiciamiento civil , pues la acción ejercitada pudo perfectamente articularse sin necesidad de traer al litigio a la entidad emisora de las participaciones preferentes" - .

Por lo que no cabía la estimación de la excepción de litisconsorcio pasivo, tal como razonó la propia Juez a quo, quien, no obstante, sí admitió la intervención voluntaria adhesiva de la entidad Caja Madrid Finance Preferred como antes hemos aludido. En cualquier caso, no cabe estimar la excepción de litisconsorcio pasivo, expuesta, en su contestación a la demanda, y desestimada por la Juez a quo, tal como fue instada por la sociedad demandada.

TERCERO .- Pasando ya a las alegaciones de fondo, como motivo de contestación a la demanda, se afirmaba, por la parte demandada, que las participaciones preferentes eran de "carácter perpetuo", y que no había rentabilidad garantizada, y que era variable, y que había posibilidad de pérdidas, pudiendo los titulares de participaciones cobrar antes que los accionistas, pero por detrás de cualquier obligacionista o acreedor de la sociedad.

Entendía que no había existido obligación de asesoramiento de la entidad, sino meramente un contrato de depósito y administración de valores.

Figurando en fecha, de 22 de mayo de 2009, es decir, el mismo día de la suscripción de las participaciones, un documento, donde se indicaba que "el actor, manifiesta haber sido informado que el instrumento financiero presentaba un riesgo elevado. En particular, la posibilidad de incurrir en pérdidas, y que no existía garantía de negociación rápida y fluida en el mercado en caso que decidiera vender el producto. Y que estaba condicionada la remuneración a la obtención de beneficios por parte del emisor. Y que si en un periodo determinado no se abonara, no se sumaría a los cupones posteriores. Y que el calificativo preferente, no significa que los titulares tengan la condición de acreedores privilegiados".

Es curioso observar como estas explicaciones tienen lugar después de la orden de suscripción de valores, en documento independiente, aún cuando supuestamente, en el documento 2, de resguardo de la operación de suscripción de valores, figuraba que "el declarante había recibido información sobre el instrumento financiero", cosa que no debía ser cierta, puesto que en documento independiente, figuraba una aclaración expresa de los términos de la orden de suscripción.

Existiendo otro documento, (folio 95 y ss), emitido por Caja Madrid, referida al resumen de la emisión de participaciones preferentes de mayo de 2009, donde se aludía a riesgos de absorción de pérdidas, de perpetuidad, de orden de prelación, de no percepción de las remuneraciones, y riesgo de variación de la calidad crediticia, entendiéndose que la variación de rating asignado a Caja Madrid, podría afectar a la emisión, y al valor del mercado. Siendo dicho folleto entregado al actor, en fecha ignorada, y firmado por él.

Siendo igualmente cierto que había contratado con Caja Madrid, cuentas de ahorro, de depósito y fondos de inversión, obligaciones Audasa y Bonos Caja Madrid, sin que conste anteriormente, que hubiera procedido

a invertir en obligaciones preferentes, ni consta, ni se deriva, del test de conveniencia, que hubiera invertido en productos financieros de alto riesgo.

Habiendo cobrado unos intereses totales de 6.745,86 euros brutos por dicho producto.

Del examen de la grabación del acto de juicio, el testigo D^a Hortensia , quien señaló, en repetidas ocasiones, que no se acordaba bien del asunto, señaló, no obstante, que el actor vivía en un pueblo - Miño de Medinaceli- distante 90 kms de esta ciudad. Que los trámites tuvieron lugar en dos ocasiones distintas, una primera donde se expuso el producto, y una segunda, de la firma. Que se abrieron al actor las distintas posibilidades de inversión, aún cuando no recuerda, repetimos, exactamente, cuáles fueron los acontecimientos concretos. Y que "el actor, le preguntó algo para invertir", a lo que el testigo, empleada de la entidad Caja Madrid, entonces, y ahora de Bankia, le indicó el producto en cuestión. Añadiendo que le explicó, verbalmente, "las características del producto, eso sí, no de forma exhaustiva". Añadiendo que "comentaron al cliente, las características del producto", aún cuando no recuerda si le comentó los "riesgos del producto, ni insistió que el producto era perpetuo". Entendiendo que no era perpetuo, aún cuando en el folleto explicativo se fijaba que sí lo era, porque podía haberse vendido hasta finales de 2011. Añadiendo que el producto en cuestión "era el más conveniente entonces".

Es decir, aún dando por válido que el cliente quisiera invertir, la proposición para invertir en el producto en cuestión, en este producto concreto y exclusivo, fue originada por iniciativa de la empleada de la entidad bancaria, por considerar que "era el producto más conveniente para el cliente entonces". Y que la información que dio, ni fue exhaustiva, ni indicó claramente los riesgos del producto, ni que fuera perpetuo, porque podía haberse traspasado antes de finales de 2011.

Aún cuando en interrogatorio del actor, se indicó que fue la iniciativa de contratar el producto, a instancia de la propia entidad bancaria, como parece lógico, dado que tenía bastante dinero en efectivo en la cuenta corriente, y cuanto que solo fue dos ocasiones a la entidad bancaria, según el propio testigo empleado de la misma, una primera, en el momento de exponerle las ventajas del producto, y una segunda, cuando firmó la orden de transferencia y los restantes documentos. De lo que se deduce que probablemente, y por razones de sentido común, y de lógica, el ofrecimiento del producto concreto tuvo lugar mediante conversación telefónica mantenida -como sostiene el actor- desde la propia entidad bancaria, porque el actor tenía ya mucho dinero en la cuenta corriente, y era preciso invertirlo. Haciéndolo, según la entidad bancaria, en productos aconsejables por aquel entonces -supuestamente- para el cliente. Aún cuando no informaron, con la exhaustividad debida, que el producto era "perpetuo", y con "alto riesgo", hasta el punto de poder perder la inversión en gran medida.

En relación concreta con estos fondos de inversión, que dieron lugar a una oferta masiva en el mercado por parte de la entidad Caja Madrid, en mayo de 2009 -lo que vuelve a acreditar que la iniciativa de la contratación del producto, fue de la entidad bancaria, y no de cliente concreto- ya ha tenido ocasión de pronunciarse, en múltiples ocasiones anteriores, por parte de nuestra jurisprudencia, decretando la nulidad de dicha orden de suscripción de participaciones preferentes de Caja Madrid, de 22 de mayo de 2009, es decir, el mismo producto que ahora es objeto de enjuiciamiento.

Como modo de resumen, podemos citar la SAP de Madrid, de 16 de febrero de 2015 , donde se indicaba, en relación con esta materia, y en atención a los argumentos de la entidad bancaria, la doctrina que reflejaremos a continuación. Así, mantiene la entidad bancaria que actuó como mera intermediaria en la suscripción de las órdenes de compra, y en ningún caso asumió labores de asesoramiento financiero y de gestión discrecional de cartera, sino que la ejecución de estas órdenes se materializa a través de la figura del contrato de mandato (artículo 1709 del código civil). Es decir, parecidos argumentos a los empleados ahora, en escrito de contestación a la demanda, en el hecho tercero de la misma. Mantiene que la clasificación de la parte demandante es como minorista, considerando haber cumplido con las obligaciones previstas en la Ley de Mercado de Valores, a la vista de la información de las condiciones de prestación de servicios de inversión (documentos aportados con la contestación a la demanda). Que entregó a la demandante la ficha del producto, documento 5 de la demandada (95 y ss), firmado y que es la esencia y muestra del consentimiento informado y prestado por la actora. A lo anterior se añade el documento 4, (folio 94), donde se establece que el actor, tiene conocimiento expreso de la posibilidad de pérdidas en su inversión. Y el denominado "Instrumento financiero/ Servicio de inversión" y el test de conveniencia, documentos 6 de la contestación a la demanda (folio 102).

Sigue argumentando Bankia que la carga de probar el vicio y error en el consentimiento recae en la actora, debiendo partir de que el consentimiento manifestado para la celebración de un negocio jurídico es en principio libre y conscientemente prestado por el que interviene en el mismo. Y en este caso la actora no ha propuesto ni practicado medio de prueba alguno que acredite dicho error (que debe ser no solo esencial

sino también inexcusable) o vicio del consentimiento. No ha existido dolo como vicio del consentimiento cuya prueba corresponde en todo caso a quien la alega según el artículo 1269 del CC .

Basándonos en sentencias de distintas Salas se ofrecen razonamientos que son al caso por la similitud de los supuestos enjuiciados y de los argumentos del recurso.

Se decía allí:

Antes de entrar a calificar -según derecho- la actuación de los contratantes es preciso discernir y desgranar los comportamientos respectivos en el concreto ámbito social en que se desarrollan. No es difícil imaginar la situación concreta del cliente sencillo (en el presente caso el demandante era minusválido, y no se constata tuviera estudios superiores ni cualificación alguna en relación con los temas económicos y financieros) que acude a "su" banco, es decir, a la entidad bancaria con la que ha venido operando toda su vida, -circunstancia acreditada, si observamos la cantidad de cuentas, depósitos, y fondos de todo tipo que mantenía exclusivamente con Caja Madrid (folio 104)- con el propósito de que le ayuden a encauzar la inversión de sus trabajados ahorros que le garanticen, al menos, un mantenimiento de su valor (garantizar el capital) y a ser posible una ligera rentabilidad. Antes se solventaba todo con el mecanismo de la libreta de ahorro a plazo fijo. Ahora los mecanismos de depósito y ahorro de los bancos se han transmutado y ofrecen perfiles menos conocidos por los clientes, sobre todo los de mayor edad. y/o los de menor cualificación profesional. Como sucedería en el presente supuesto, de demandante que tiene condición de minusválido. En esa situación, es lógico suponer que los clientes -al menos el sector menos profesionalizado en inversiones de los mismos- queden en manos de los empleados de la Banca que son los que ofrecen ("comercializan") lo que ahora se denomina "producto" (cuando en realidad son verdaderos contratos, que originan derechos y obligaciones para ambas partes). Pues no cabe en cabeza humana creer que con dos explicaciones de veinte minutos y con la firma de dos documentos de letra pequeña y difícil intelección pueda un ciudadano medio comprender lo que es una "participación preferente" (o un "swap", o un "clip", o un "derivado", etc.). Incluso en el presente caso hasta el propio calificativo de "preferente", aplicado a la acción o participación, puede dar a entender al cliente que está contratando algo más ventajoso de lo ordinario. Es lógica, entonces, la conclusión fáctica de entender que lo que aquí se estaba dando un verdadero asesoramiento (incluso una proposición) para que el cliente optara por los productos que el Banco, a través de sus empleados, estaba comercializando en ese momento. Y en esa situación, de total pasividad (cuando no perplejidad) del cliente, se desmorona cualquier tesis que sostenga que se ha cumplido con la debida información o se ha excluido un "plus" de esta porque no se estaba en presencia de un estricto asesoramiento. La realidad está reflejada en ese breve encuentro entre cliente y empleado. Que en el presente caso, se concreta en dos momentos, uno donde se relatan las bondades del producto, y un segundo momento, de la firma de la orden de suscripción. Y a esa realidad debe atenderse la consideración jurídica que luego ha de efectuarse para aquilatar las consecuencias que de aquella se derivan para unos y otros contratantes. La normativa recogida en la Ley del Mercado de Valores, o la normativa MIFID, no puede ser esgrimida como arma de defensa contra los clientes cuando la realidad demuestra que no se han dado ni los niveles mínimos de información a la hora de contratar un producto complejo como el que ahora estamos enjuiciando. Es moverse en un mundo irreal intentar apoyar el cumplimiento de la obligación de información en la mera circunstancia de haber entregado al cliente (y haber firmado éste) el Folleto informativo sobre el producto, cuando en ese mismo folleto hay referencias a realidades (como las agencias de rating, las sociedades participadas, los factores de riesgo...etc) que solo los entendidos en la materia o los muy informados, pueden alcanzar a comprender en parte. Debiendo exigirse, más si cabe, una exhaustiva información, que aquí no se ha dado, cuando estamos viendo las enormes dificultades de comprensión objetiva que dicha documentación incorpora, sin mencionar el suelo de arenas movedizas sobre el que se asentaba la información sobre la situación económica de Caja Madrid en aquellos momentos (y que después ha quedado al descubierto)."

El Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sentencia del Pleno, de 20/01/2014 aborda esta cuestión en los siguientes términos en un supuesto de contratación de un producto financiero: "En lo que ahora interesa, que es determinar el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos financieros complejos, como es el swap, al tiempo en que se llevó la contratación objeto de enjuiciamiento (22 de mayo 2009), "las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes" del art. 19 Directiva 2004/39/CE ya habían sido traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV). También había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

Y así, en cuanto a la información sobre los instrumentos financieros. El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que "deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias" (apartado 3).

El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero, regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe "proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional". Y aclara que esta descripción debe "incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas".

En su apartado 2, concreta que "en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.

b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.

c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.

d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento".

Y evaluación de la conveniencia y de la idoneidad. En este punto, además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad.

La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art. 79bis. 7 LMV (arts. 19.5 Directiva 2004/39/CE), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el art. 73 RD 217/2008, de 15 de febrero, se trata de cerciorarse de que el cliente "tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado".

Esta "información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente.

b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado.

c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes" (art. 74 RD 217/2008, de 15 de febrero).

Contrariamente a lo que entiende el recurrente, estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79 bis. 6 LMV (art.

19.4 Directiva 2004/39/CE). El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero , las entidades financieras " deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.

b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).

c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).

Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73 , que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE .

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como " la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que " se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia. En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad.

En un caso como el presente, en que el servicio prestado **fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.**

La 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."

La reseña de la anterior sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, Sala 1ª, justifica la consideración de que este tipo de contratación puede incluirse dentro del asesoramiento, lo que sitúa el incumplimiento de sus obligaciones por la entidad bancaria en unos términos claros, pero en todo caso lo cierto es que, a partir de la

valoración de la prueba practicada, hemos de concluir, en el sentido de estimar la relevante falta de información que se da en el supuesto. Dando lugar a un evidente vicio del consentimiento de la contratante demandante.

Como ya se ha dejado claro en innumerables resoluciones anteriores de distintos órganos colegiados, en orden a comercialización de participaciones "preferentes" de Caja Madrid, y en concreto, de éstas, de fecha de 22 de mayo de 2009, que se contrataron de forma masiva en este país, para captar la naturaleza y características de las acciones preferentes basta echar un vistazo al acervo doctrinal que las mismas han originado. 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".

Lo ha dicho también la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores:

"Las participaciones preferentes (PPR) son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido".

La doctrina ha venido sosteniendo que el error consiste en una representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que de otra forma no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones. En muchas sentencias, que pueden resumirse en la de STS de 11 diciembre 2006 , se ha exigido que para que el error pueda invalidar el consentimiento, con el efecto de que produzca la anulación del contrato en el que concurre, "[...]es preciso, además, que el error no sea imputable al interesado, en el sentido de causado por él - o personas de su círculo jurídico-, [...], y que sea inexcusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular, requisito éste que no consta expresamente en el Código civil, pero lo viene exigiendo la jurisprudencia como un elemental postulado de buena fe[...]".

Habla el Tribunal Supremo de "representación equivocada de la realidad", de que "el error no sea imputable al interesado", o que "sea excusable" en el sentido de no haber sido evitado a pesar de emplear una diligencia media o regular.

En el presente caso, la representación equivocada es evidente, porque mientras el cliente pretende contratar un producto con garantía de conservación del capital invertido, que funcionaba como un depósito a plazo, lo que al final le hace firmar el Banco es un producto complejo de alto riesgo con posibilidad de pérdida de lo invertido. Por otro lado, esa visión distorsionada no es imputable al cliente, que no tiene ante sí otra cosa que al Banco que le lleva sus negocios (depósitos, cuentas ...) ni más información cualificada que las conversaciones (presenciales, informáticas o telefónicas) con los empleados de la entidad. Y en concreto, con quien hablaba normalmente, la empleada D^a Hortensia .

Y entra aquí en juego la responsabilidad precontractual de diligencia, lealtad e información que Caja Madrid (Bankia) tenía que ejercitar con sus clientes a la hora de inducirles a suscribir la adquisición de estas acciones preferentes. Responsabilidad de actuación que ya estaba prevista, antes de la normativa MIFID, en la Ley del Mercado de Valores (art. 78 y 79), en el Reglamento de Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios, aprobado por Real Decreto 629/ 1993 de 3 de mayo (derogado por el

actualmente en vigor RD 217/ 2008), y en la Orden Ministerial de 3 de mayo de 1993 sobre Normas de Actuación en Mercados de Valores y Registros Obligatorios.

Como ya se ha destacado en otros pronunciamientos judiciales: "La Ley de Mercado de Valores, en su redacción vigente en la fecha en que se realizaron las emisiones en discusión, establecía en su art. 79 las normas de conducta: diligencia y transparencia; deber de evitar los conflictos de interés y, en caso de conflicto de interés, posponer el propio; gestión ordenada y prudente, cuidando los intereses del cliente como propios; asegurarse de que dispone de toda la información sobre sus clientes y procurar que éstos estén siempre adecuadamente informados; garantizar la igualdad de trato entre clientes, entre otros deberes. El Reglamento desarrollaba estas normas de conducta: En primer lugar, las sociedades o agencias de valores estaban obligadas a desarrollar un Reglamento interno de conducta cuya finalidad principal era garantizar la transparencia y estabilidad de los mercados financieros, regulando las operaciones que realizan los administradores o empleados de dichas sociedades.

En segundo lugar, se señalaba que las órdenes de compra de valores debían ser claras y precisas de forma que pudieran ser conocidas y asumidas por ordenante y receptor (art. 4). Se establecía además un Registro Obligatorio de Órdenes. Luego, se regulaba la posibilidad de que fuera obligatorio expedir y entregar un documento de contrato- tipo y que sería el Ministerio de Economía el que señalase cuándo sería obligatorio, contratos cuyo contenido estaba sometido al control de la CNMV o del Banco de España, en su caso. La entrega del contrato tipo, sería obligatoria en los casos señalados en el art. 15 del Reglamento.

Finalmente, el art. 4 del Código de conducta regulado en su anexo establecía claramente la obligación de la entidad financiera de obtener toda la información sobre su cliente: su identidad, su solvencia, su experiencia inversora y sus objetivos de inversión; a su vez, en una forma de intercambio o reflejo de información, la entidad o agencia debía ofrecer a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos y, además, "ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos" (art. 5). En el art. 6 se regulaba claramente la existencia de conflictos de interés". Que la información ofrecida a los clientes en estos casos no ha sido siempre la necesaria, adecuada o suficiente, lo ha constatado incluso la Comisión de Seguimiento de Instrumentos Híbridos de Capital y Deuda Subordinada (Real Decreto Ley 6/2013, de 22 de marzo) que en el informe enviado al Congreso de los Diputados, en fecha 21 de mayo de 2013, afirmaba:

1. La denominación "participación preferente" es una particularidad nacional, que se atribuye al hecho de que las Cajas de Ahorro no pudieran emitir acciones. En otras jurisdicciones, en las que también se han emitido este tipo de instrumentos, se ha empleado el término "acciones preferentes".

2. Los motivos más frecuentemente manifestados en las reclamaciones de inversores minoristas que han adquirido este tipo de instrumentos financieros han sido: i) haber recibido una información verbal contradictoria con la documentación contractual que soporta la operación aportada por los comercializadores, resultando frecuente que los clientes manifiestan haber contratado este tipo de instrumentos financieros en el convencimiento de que se trataba de un producto de ahorro carente de riesgo, similar a una imposición a plazo fijo; y ii) haber adquirido estos instrumentos en la creencia de que habían recibido una recomendación del personal de la entidades (en muchos casos "verbal"), si bien en la inmensa mayoría de los casos carecen de acreditación documental que permita confirmarlo e incluso, en ocasiones, en los documentos contractuales suscrito se indica lo contrario.- La eventual discrepancia entre la información contractual y la verbal debe analizarse en el contexto en el que se produce la comercialización de estos activos, a través de la red de sucursales de entidades de crédito, con presencia física y transmisión verbal de información por parte de los empleados del comercializador (que en la mayoría de los casos también es el emisor), quienes, además, suelen tener incentivos económicos ligados a la venta de los activos.(Pág. 5).

Ninguna relevancia tiene el hecho de que la parte actora tuviera abierta una cuenta corriente y varios depósitos en la misma entidad, o incluso fondos de inversión, productos que nada tienen que ver con el que es objeto de este proceso, pues las circunstancias personales de la parte actora (minusválido, considerado cliente minorista por la propia demandada) justifican la solución contraria a la recogida en la sentencia. Lo que aquí se constata es una clara falta de información en esta operación. A lo que habría de añadirse el hecho de que la comercialización del año 2009 se produce en unas condiciones muy especiales en que la situación

económica de la entidad distaba mucho de ser la que los clientes podían percibir al adquirir los productos como el que nos ocupa, todo lo cual debe llevar a considerar correcta la argumentación realizada en el recurso de Apelación. Lo que conlleva a la necesidad de estimar la demanda, y revocar la sentencia de Instancia, cuyas conclusiones, esta Sala, a la luz de lo antes argumentado, no comparte.

Sin que podamos, tampoco, compartir la alegación referida a los denominados actos propios, efectuada en contestación a la demanda por Bankia. Puesto que el hecho que el actor haya percibido, en concepto de intereses, una serie de cantidades, durante un periodo de tiempo, y derivado de esas participaciones preferentes, no significa que haya de determinarse una convalidación del vicio de consentimiento, originador de la nulidad contractual. Puesto que, como ha quedado dicho, el contrato es perpetuo, y despliega sus efectos a lo largo de todo el tiempo, y no puede entenderse, por tanto, que el hecho de percibir interés durante un lapso de tiempo, signifique una convalidación de la actuación contraria a Derecho de la entidad bancaria. Circunstancia que solo podrá ser conocida por el actor, cuando tenga conciencia de su error, cuando tenga conocimiento de la ausencia de rentabilidad de su producto, de su imposibilidad de transmisión, y de la pérdida de su inversión. No antes.

Así en distintas resoluciones judiciales, y en relación con los actos propios, se ha indicado que resultaba improcedente la invocación de la doctrina de los actos propios que, como es sabido, tiene su fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe (STS de 25 de octubre y 28 de noviembre de 2000), pues se falta a la buena fe en sentido objetivo, es decir, como exigencia de lealtad y honestidad en los tratos y en el ejercicio de los derechos cuando se va contra la resultancia de los propios actos, pero ello exige que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, esclarecer, modificar o extinguir una determinada situación que afecta jurídicamente a su autor, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, de modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, con el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior (STS 27 de febrero , 16 de abril y 24 de mayo de 2001 , 25 de enero de 2002 , entre otras muchas), por lo que no es de aplicación cuando los precedentes fácticos que se invocan tienen carácter ambiguo o inconcreto (STS de 23 de julio de 1997 y 9 de julio de 1999) o carecen de trascendencia para producir el cambio jurídico (STS de 25 de enero de 2002) y, aún menos, cuando el cambio de actitud obedece a una reacción ante nuevos hechos o actos.

De acuerdo con lo anterior **ni el rendimiento del producto contratado justifica el riesgo asumido (SAP de Valencia de 31 de octubre 2013), ni el silencio de la demandante desde la adquisición del producto (m** ayo 2009) y hasta junio 2012 permite deducir que al tiempo de contratar su voluntad no se hallase incontrovertiblemente viciada por una absoluta, manifiesta y ostensible falta de información completa y adecuada a la verdadera índole del producto y a los riesgos que asumía con esa adquisición, al no haberse llevado a cabo ni siquiera la información más básica prevista para contratación de valores y omitirse referencias tal fundamentales referidas a los riesgos como son la perpetuidad, el hecho de no hallarse garantizado el producto por el Fondo de Garantía de Depósitos o la inexistencia de otras garantías de la inversión; las dificultades de negociación en un mercado secundario con posibilidad de que podían llegar a no cotizar en el momento de la venta, la posposición de los demandantes a otros acreedores comunes, etc. Puesto que estos datos tan esenciales, según expuso el testigo, empleado de la entidad bancaria, dicha información, aún en el supuesto que hubiera sido dada, no fue en absoluto exhaustiva, y no lo era, ni lo fue, sobre extremos tan esenciales. Porque no cabe aludir a la doctrina de actos propios, para entender que la demanda habría de ser desestimada.

Por lo que ha de estimarse, como queda dicho, la demanda, si bien, en forma parcial, como luego veremos. Lo que origina el pronunciamiento de la nulidad del contrato de participaciones preferentes, suscrito en fecha de 22 de mayo de 2009, y con fecha de valor de 7 de julio de 2009, condenado a la demandada a devolver a la parte actora, la cantidad depositada de 35.000 euros. Ahora bien, en la medida que se ha acordado la nulidad del contrato bancario, lógicamente, también la parte actora deberá devolver a la entidad demandada los intereses que hubiera percibido por razón de dichas participaciones preferentes, que han sido valorados, tal como resultó acreditado, en al menos 6.745,86 euros brutos. Siendo esta cantidad acreditada en documento 9 de la contestación a la demanda (folio 107), a fecha de 20 de septiembre de 2013. Una cantidad nada desdeñable, si tenemos en cuenta la obligación de devolución de cantidad que aparece exigida a la entidad demandada, que es de 35.000 euros.

Ahora bien, en la medida que ha lugar a este pronunciamiento, la de devolución de cantidades percibidas como intereses, por la parte actora, habrá que dilucidar la cuestión relativa a los intereses legales. Solicitados en la demanda. Para lo cual, hemos de seguir la doctrina contenida en SAP de la Coruña de 29 de diciembre

de 2014 . Habiendo sido solicitado por la parte actora, en el suplico de la demanda "intereses legales desde la fecha del requerimiento efectuado en mayo de 2013".

Conforme al artículo 1303 del Código Civil , declarada la nulidad de una obligación los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia de contrato con sus frutos y el precio con los intereses, salvo los artículos siguientes, que se refieren a supuestos singulares previstos en los arts. 1305 , 1306 y 1314 del CC , relativos respectivamente a ser ilícita la causa u objeto del contrato, concurrir causa torpe no constitutiva de delito o falta o incapacidad de un contratante, que no son aplicables al presente caso.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2003 , 6 de julio de 2005 y 15 de abril de 2009 recogen la jurisprudencia en orden a que el artículo 1303 del Código Civil tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador (STS de 22/9/1989 , 30/12/1996 , 26/7/2000), evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra (STS de 22/11/1983 , 24/2/1992 , 30/12/1996), y es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no sólo a los de anulabilidad o nulidad relativa, (STS de 18/1/1904 , 29/10/1956 , 7/1/1964 , 22/9/1989 , 24/2/1992 , 28/9 y 30/12/1996), operando sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley (STS de 10/6/1952 , 22/11/1983 , 24/2/1992 , 6/10/1994 , 9/11/1999). Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración (STS de 29/10/1956 , 22/9/1989 , 28/9/1996 , 26/7/2000), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (STS de 7/10/1957 , 7/1/1964 , 23/10/1973), y refiriéndose el artículo 1303 a la devolución de la cosa con sus frutos (STS de 9/2/1949 y 18/2/1994) y el precio con sus intereses (STS de 18/2/1994 , 12/11/1996 , 23/6/1997), norma que parece ideada en la perspectiva de la compraventa, pero que no obsta su aplicación a otros tipos contractuales.

La obligación restitutoria, pues, nace directamente de la ley, y por ello puede ser declarada por el tribunal en virtud del principio *iura novit curia* aunque no haya sido pedida por las partes (STS de 10/6/1952 , 22/11/1983 , 24/2/1992 , 5 y 6/10/1994 , u 8/1/2007).

Relacionado con ello debemos añadir que, según razonamos en nuestra sentencia de 6 de junio de 2014 , "si la parte demandante pidió los intereses legales a pagar por la demandada desde la presentación de la demanda fue por reclamar junto a la nulidad contractual la devolución por el Banco demandado de los 35 mil euros sin devolución de su contraprestación. La aplicación de las consecuencias restitutorias recíprocas legales de la nulidad contractual no hace incongruente la sentencia, aunque haya introducido la devolución o deducción por parte de la demandante de los rendimientos obtenidos durante la vigencia de las participaciones preferentes, con sus intereses legales. Pero, según la doctrina expuesta en su lugar, si la sentencia aplica como tiene que ser tales consecuencias legales, y a falta de otras circunstancias, entonces los intereses legales a abonar por la parte demandada deben computarse desde que se pagaron las adquisiciones de las preferentes, sin que tampoco pueda aquí tacharse la decisión de incongruente".

En el mismo sentido: otras sentencias nuestras, como las de 9 de abril y 14 de julio de 2014 .

Por su parte, la SAP (3ª) de A Coruña de 29 de septiembre de 2014 , coincidió sobre la misma cuestión, destacando el efecto *ex lege* de la restitución y jurisprudencia al respecto, añadiendo que el tema específico que nos ocupa ha sido resuelto en la STS de 23 de noviembre de 2011 , distinguiendo entre intereses moratorios, que han de ser solicitados por las partes, de modo que no pueden los tribunales condenar a su pago de oficio sin incurrir en incongruencia, con cita de las sentencias de 18/11/1996 , 21/3/2002 y 18/6/2008 , y las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato ejecutado, íntegramente o en parte, y para impedir en todo caso que queden a beneficio de uno de los contratantes las prestaciones que del otro hubiera percibido, con un evidente enriquecimiento sin causa (sentencias de 24/2/1990 , 11 y 24/2/1992 , 11/3/2003 , 27/10 y 22/11/2006 , 22/5/2006), entre otras que consideran innecesario la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, en cumplimiento del principio "*iura novit curia*" y sin incurrir en incongruencia, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma que atribuye retroactividad al efecto liberatorio derivado de la declaración de ineficacia. Entre las sentencias más recientes del Tribunal Supremo que mantienen tal criterio de 12/11/2010 y 5/3/2011 . Los efectos nacen de la Ley, por lo que son de aplicación, aun en el caso de no ser solicitados (STS de 23/11/2011 y 4/10/2013 , lo cual fue dicho por la de 11/7/2014).

En cualquier caso, y debiéndose llevar a cabo una restitución parcial, debiéndose devolver la entidad bancaria a la actora la cifra de 35.000 euros, y ésta a la entidad bancaria, la cifra de intereses percibidos por dicho producto, que ascienden a 6.745,86, euros, se ha de producir una compensación. Y, en consecuencia, la solución lógica sería la de fijar la obligación de pago de intereses legales, por parte de la entidad bancaria,

en la forma prevenida en el artículo 576 de la LEC . Desde la fecha de esta sentencia, y en relación con la cantidad que debe resultar abonada por la entidad bancaria, y después de producirse la compensación. Esto es, de 35.000 euros menos 6.745,86 euros. Esta cantidad, dará lugar a los correspondientes intereses, en la forma prevenida en el artículo 576 de la LEC , desde la fecha de esta sentencia. Más cuando la cantidad definitiva a pagar, por cada una de las partes, en virtud de restituciones recíprocas ha venido determinada en esta sentencia, no antes, y cuanto que en el suplico de la demanda, como ha quedado expuesto, simplemente se limitaba a determinar que se pagara por la entidad bancaria a la parte actora, y nada se mencionaba de la obligación de esta última de proceder a su vez, a la restitución de las cantidades debidas. De ahí que la fijación de intereses, lo sea en virtud de lo prevenido en el artículo 576 de la LEC , desde la fecha de esta sentencia. No desde mayo de 2013, como había sido solicitado por la parte actora en el suplico de la demanda. Y siendo congruente esta petición con el contenido del suplico del recurso, cuanto que en el mismo se contenía la obligación de "declarar la nulidad por vicio de consentimiento del contrato de participaciones preferentes, con **los efectos legales inherentes a tal declaración**". Efectos legales que ya se han concretado y razonado.

Sigue añadiendo la citada sentencia, que el pronunciamiento relativo a la obligación de la parte actora, de devolver a la entidad bancaria, los intereses percibidos, tal como ha sido fijado en esta sentencia, daría lugar a una solución distinta, en materia de las costas de la primera instancia, puesto que la estimación de la demanda sigue siendo parcial.

En la demanda se pidió la nulidad contractual con devolución íntegra por la parte demandada del capital invertido, aparte de los intereses y costas. En la contestación a la demanda se solicitó la absolución de la entidad demandada.

Y en sentencia, -aún cuando nada se había pedido en el suplico de la demanda, donde simplemente se limitaba a solicitar la restitución a cargo de la entidad bancaria, pero sin devolver cantidad alguna, en concepto de intereses percibidos, por la parte actora-, se ha fijado esta obligación, debiendo devolver la parte actora, una cantidad nada desdeñable, que asciende nada menos que a 6.745,86 euros. Lo que determinaría una estimación parcial de la demanda, lo que conllevaría un efecto evidente, en materia de costas, como luego se analizará.

De tal manera que siguiendo la línea doctrinal de la AP de la Coruña, la parte dispositiva de la sentencia debe incluir este pronunciamiento. Lo que conllevará, no una estimación íntegra de la demanda, sino una estimación parcial de la misma.

CUARTO .- En materia de costas, rige el principio de vencimiento objetivo, conforme el artículo 398 de la LEC , en relación con el artículo 394 del mismo cuerpo legal . Obviamente, si el recurso de Apelación ha sido estimado, no cabe un expreso pronunciamiento, en cuanto a las costas originadas en esta alzada. En cuanto a las costas originadas en la Primera Instancia, ha de entenderse que se ha producido una estimación parcial de la demanda. Por cuanto siendo cierto que existe una declaración de la nulidad del contrato, y de la obligación de la entidad bancaria de devolver la cantidad de 35.000 euros, a favor de la parte actora, también lo es que ésta, lógicamente, ha de devolver a la entidad bancaria los intereses percibidos como consecuencia de la suscripción de participaciones preferentes, que en principio, aparecen evaluados en una cantidad de más de 6.000 euros, concretamente 6.745,86 euros brutos. Una cantidad nada desdeñable, que determina que la incorporación de este pronunciamiento, no solicitado en demanda, ni en vía del suplico del recurso de Apelación, conlleve una necesaria estimación parcial de la demanda, que conllevará, que no haya lugar, tampoco, a un expreso pronunciamiento sobre las costas originadas en la Primera Instancia.

Siendo el pronunciamiento a dictar, similar al fijado por la Sección 11 de la AP de Madrid, en supuestos de intervención adhesiva voluntaria de la entidad Caja Madrid Finance Preferred antes comentada.

Vistos los artículos citados y los demás de general aplicación.

FALLAMOS

Que **debemos estimar y estimamos EN PARTE** el recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora D^a María de las Nieves Eustaquia Alcalde Ruiz, en nombre y representación de D. Edemiro , frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 1 de los de esta ciudad, de 26 de febrero de 2015 , en autos de procedimiento ordinario número 270/2013, seguidos en dicho órgano judicial, y, en su consecuencia, y con **estimación parcial de la demanda, y con revocación íntegra de la sentencia de Instancia**, debemos declarar y declaramos la nulidad de la orden de 22 de mayo de 2009 de suscripción de participaciones preferentes Caja Madrid 2009 y debemos de condenar y condenamos a la demandada BANKIA SA (anteriormente Caja Madrid SA) a pagar a la parte actora la cantidad de TREINTA Y CINCO MIL



EUROS (35.000 euros), en concepto del principal, correspondiente a las cantidades depositadas, de las que se deberá descontar la cantidad percibida en concepto de intereses por la parte actora, que asciende a la cantidad de 6.745,86 euros brutos, a fecha de 20 de septiembre de 2013.

Esta cantidad, así determinada, generará intereses a favor de la parte actora, conforme el artículo 576 de la LEC , desde la fecha de esta sentencia hasta su completo pago.

Habiendo tenido intervención voluntaria en este procedimiento Caja Madrid Finance Preferred.

No habiendo lugar a un expreso pronunciamiento sobre las COSTAS originadas en ninguna de ambas instancias.

Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sala. Bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ