

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00035/2014

S E N T E N C I A N º 35

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

Don Carlos Gómez Martínez

MAGISTRADOS:

Doña Rosa Rigo Rosselló

Doña Catalina Moragues Vidal

En Palma de Mallorca a treinta y uno de enero de dos mil catorce.

VISTOS por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Palma de Mallorca, bajo el número 1076/12, **Rollo de Sala número 453/13**, entre partes, de una como demandados-apelantes, Bankia, S.A. y Caja Madrid Finance Preferred, S.A., representadas en esta alzada por el procurador de los tribunales don Francisco Arbona Casasnovas, dirigidas por el letrado don Jaime Maqueda Barón, de otra, como demandantes-apelados don-----
----- representados en este segundo grado jurisdiccional por la procuradora de los tribunales doña Sara Truyols Álvarez-Novoa, dirigidos por el letrado don Ricardo González Zayas.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. Presidente don Carlos Gómez Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Palma de Mallorca, se dictó sentencia en fecha 24 de mayo de 2013, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "1.- Se declara la nulidad del contrato de adquisición de 1.300 participaciones preferentes Caja Madrid Finance Preferred 2009 serie II emitidas por Caja Madrid Finance Preferres, S.A., suscrito entre los actores y la demandada Bankia, S.A. y se condena a ambas entidades a estar y pasar por la anterior declaración. 2.- Se condena a Bankia, S.A. a pagar a los actores la cantidad de 104.943,81 euros (130.000€- 25.056,19€) dejando, desde ese momento, los actores de ser titulares de las participaciones preferentes objeto de este contrato que se entenderán reintegradas a Bankia, S.A. 3.- La demandada Bankia, S.A. deberá abonar a los actores el interés legal de las cantidades que fueron percibiendo en su condición de titulares de las participaciones preferentes desde las fechas de cada uno de los pagos, compensándose ambas cantidades en el momento de practicar la correspondiente liquidación. 4.- Se imponen a Bankia, S.A. las costas causadas a los actores en este procedimiento. En cuanto a las costas causadas por la intervención de Caja Madrid Finance Preferred, S.A. cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia, y por la representación de ambas demandadas, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y seguido el recurso por sus trámites se señaló para votación y fallo el 31 de enero de 2014.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los de la resolución dictada en anterior grado jurisdiccional mientras no se opongan a los que siguen.

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia, que declara nula la suscripción de participaciones preferentes realizada por los actores, es apelada por la entidad bancaria que las vendió y por la entidad emisora.

La dirección letrada de la apelada, Bankia, S.A., en su escrito de interposición del recurso de apelación, alega como motivos en los que funda éste, en síntesis, los siguientes:

a) Caja Madrid, hoy Bankia, actuó como mera intermediaria en la suscripción de las órdenes de compra de las participaciones preferentes y, por tanto, no asumió labores de asesoramiento financiero.

b) Si se comparan los documentos 5.1 a 5.4 de los aportados con la contestación a la demanda, con el contenido del artículo 78bis de la Ley del Mercado de Valores, se comprobará el exacto cumplimiento de todas las prescripciones de éste respecto a los deberes de información a los inversores minoristas. En concreto, la apelante aduce que:

- Le fue entregada a los clientes la "ficha del producto" en la que consta que las participaciones preferentes son productos complejos, perpetuos y que no constituyen un depósito bancario; y se facilita información sobre cuestiones fundamentales como plazo, remuneración y período de remuneración. Se trata de una información clara, adecuada y veraz.

- En el documento "Instrumento financiero/Servicio de Inversión: Participaciones preferentes" también entregado a los demandantes, figura que el producto adquirido es de riesgo elevado, con posibilidad de incurrir en pérdidas en el nominal recibido, y que la remuneración está condicionada a la obtención de beneficios distribuibles por parte del emisor o su grupo.

- Se realizó debidamente el test de conveniencia.

c) No hubo error vicio en el consentimiento y, en cualquier caso, corresponde a la parte demandante la acreditación de la concurrencia del mismo.

d) Los actores ya suscribieron participaciones preferentes seis años antes de la de autos y, antes y después, adquirieron otros productos financieros distintos pero de características similares, como fondos de inversión y acciones.

e) La confianza que existía entre Caja Madrid y los actores no puede anular la libertad, conciencia y voluntad a la hora de suscribir un negocio jurídico como el de autos.

f) No hubo dolo en Bankia y, en cualquier caso, este vicio del consentimiento no se ha probado correspondiendo su acreditación, al igual que en el caso del error, al demandante. No era previsible que se materializasen los riesgos inherentes al producto cuando, en el momento de la suscripción de las participaciones preferentes, Bankia era una entidad financiera con altas calificaciones crediticias.

g) El error no solo ha de ser esencial, sino también excusable – equivocadamente dice la apelante “inexcusable”-, y en modo alguno puede considerarse como tal cuando no se lee el clausulado del contrato, y siendo clara, transparente e informativa la documentación facilitada, sostiene la apelante, de haberla leído los actores, ello les hubiera permitido salvar cualquier posible error.

h) Todos los documentos fueron firmados, lo que genera una presunción “iuris tantum” de conformidad con su contenido, según reiterada jurisprudencia.

i) Los actores recibieron información mensual del valor de las participaciones preferentes, lo que constituye un acto propio que impide que ahora puedan impugnar su adquisición.

j) La sentencia de primera instancia utiliza incorrectamente el concepto de renta fija como sinónimo de una inversión sin riesgo, cuando lo cierto es que renta fija es aquella en la que de antemano se establece cual será la rentabilidad y, en ese sentido, las participaciones preferentes son producto a renta fija.

k) La emisora de las participaciones preferentes no era Caja Madrid, sino Caja Madrid Preferred, S.A., tal como se hace constar en los propios títulos y en la recomendación correspondiente.

l) La calificación de Caja Madrid era y es muy alta, habiendo obtenido beneficios durante 2009, 2010, 2011 y hasta mediados de 2012, por lo que era normal que el director de la oficina manifestara que no se informó a los inversores del riesgo de quiebra de la entidad. La modificación del rating fue posterior la suscripción de las participaciones preferentes de autos.

m) Caja Madrid no fue emisora de las participaciones preferentes sino que fue comercializadora y garante de las mismas.

n) En la demanda se solicitan intereses desde la fecha de su interposición, mientras que la sentencia los otorga desde el 7 de julio de 2009, por lo que en este extremo incurre en incongruencia.

ñ) La estimación de la demanda es parcial en cuanto acoge la pretensión de la demandada de que los actores restituyan 25.056,19 € percibidos en concepto de intereses y, en consecuencia, no procede la imposición de costas.

Por su parte, la dirección letrada de Caja Madrid Finance Preferred, S.A., funda su recurso en los mismos motivos antes enumerados –excepto los referentes a intereses y costas- y, en muchos casos, -páginas 5 a la 20 del recurso de esta demandada- reproduciendo el mismo texto del recurso de la codemandada mediante el procedimiento informático de “copiar y pagar”, por lo que se dará a los motivos de apelación invocados por ambas partes un tratamiento unitario.

SEGUNDO.- Aunque la apelante alude en su escrito de interposición del recurso al dolo no es en dicho vicio del consentimiento en el que se funda la sentencia de primera instancia, sino en el error.

Cabe hablar de error vicio cuando la voluntad del contratante se hubiera formado a partir de una creencia inexacta - sentencias del Tribunal Supremo de 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 hubiera servido de presupuesto para la celebración del contrato fuera equivocada o errónea.

Como recuerdan las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012 y de 29 de octubre de 2013, *“es lógico que un elemental respeto a la palabra dada - “pacta sunt servanda” - imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y, consecuentemente, pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, los contratos constituyen el instrumento jurídico por el que quienes los celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una “lex privata” (ley privada) cuyo contenido determinar”*.

La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos, y en concreto:

a) Para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca la consideración de tal. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura, no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

b) Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1266 del Código Civil, 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 ella 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 -, lo que significa tanto como requerir que el error sea esencial.

c) Finalmente, el error ha de ser 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, pese a no estar mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta de quien se presenta como ignorante o equivocado, negándole protección cuando, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en esa situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

Pues bien, en el caso de autos, nos hallamos ante una suscripción de valores financieros en los que el error puede producirse por no haber recibido el inversor una información adecuada, por no haber cumplido la entidad crediticia con la especial obligación de información que le impone la normativa específica del sector.

Las participaciones preferentes son valores y, como tales, sujetos a la disciplina de la Ley de Mercado de Valores con independencia de que su emisión, o su comercialización, se lleve a cabo por entidades de crédito (art. 65.1 de la Ley de Mercado de Valores).

La Ley del Mercado de Valores incluso antes de las modificaciones introducidas por la ley 47/2007, de 19 de diciembre, que incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE, obligaba a las entidades que presten servicios de inversión a "mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes" (apartado 1 del artículo 79 bis); a que toda información dirigida a los clientes,

incluida la de carácter publicitario, sea “imparcial, clara y no engañosa” (apartado 2 del mismo precepto); a proporcionar a todos los clientes “información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa” (apartado 3); y a advertir al cliente de si el producto o servicio ofrecido o facilitado es adecuado o no para el (apartado 7).

Las participaciones preferentes (*preferent shares*) son valores o productos financieros que tienen como principal particularidad la de ser un híbrido entre las acciones y las obligaciones. Se caracterizan por integrar el capital social del emisor, ser remuneradas con prioridad a los accionistas ordinarios, y poseer preferencia en el cobro de la cuota de liquidación frente a dichas acciones ordinarias. A diferencia de los accionistas ordinarios, los titulares de preferentes no ostentan derecho de voto, ni tampoco derecho de suscripción preferente sobre nuevas emisiones.

En cuanto al riesgo de inversión cabe decir que su orden en caso de concurso del emisor las sitúa después de todos los acreedores, ordinarios y subordinados, por lo que, en definitiva, sus titulares sólo serán reintegrados (caso de existir fondos suficientes) antes que los accionistas o, en su caso, los titulares de cuotas participativas.

Además, no puede olvidarse que mientras que los accionistas ordinarios participan en la revalorización del patrimonio social en la proporción que corresponda, en el caso de las participaciones preferentes, su valor nominal permanece inalterable, mientras que sí padecen el riesgo de pérdida y, por tanto, pueden verse obligados a asumir parte de las pérdidas de la entidad que se encuentra en crisis.

La liquidez de la participación preferente solo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario de valores en que ésta cotice aunque, como es claro, su liquidez queda eliminada ante situaciones que determinen la desactivación de su sistema de rentabilidad.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores, considera que las participaciones preferentes *"son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter 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 (...) Las participaciones preferentes no cotizan en Bolsa. Se negocian en un mercado organizado (...) No obstante su liquidez es limitada, por lo que no siempre es fácil deshacer la inversión"*. (Portal del inversor CNMV; o la Ficha del Inversor referente a las participaciones preferentes).

TERCERO.- La destinataria del capital con el que se suscriben las participaciones preferentes no era la entidad emisora Caja Madrid Finance Preferred, S.A., sino que ese capital estaba destinado a formar parte, necesariamente, de los recursos propios de Caja Madrid. La función de Caja Madrid Finance Preferred, S.A., como filial de Caja Madrid, era la de mero eslabón en la operación de capitalización de la entidad bancaria.

En efecto, la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, en su apartado 1, b) establece al respecto que "En los supuestos de emisiones realizadas por una sociedad filial de las previstas en la letra a), los recursos obtenidos deberán estar invertidos en su totalidad, descontando gastos de emisión y gestión, y de forma permanente, en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable al que pertenece, de acuerdo con lo que se indica en las letras siguientes".

Pero es que, además, en el caso de autos, en el resguardo de la operación facilitado a los inversores por la entidad bancaria se describe el producto como "Particip. Preferentes Caja Madrid 2009", lo que daba a entender una identidad entre la emisora y la entidad que colocaba el producto.

La alegación de que la entidad bancaria demandada era mera comercializadora y garante de las participaciones preferentes carece de relevancia

para las resultas del presente litigio. Lo que determina la existencia de una obligación reforzada de informar al cliente legalmente impuesta a la entidad bancaria no solo depende del tipo de relación jurídica que se establezca entre ésta y el inversor comercialización o asesoramiento- sino también, y de modo esencial, del perfil del cliente. Éste puede ser minorista, profesional o contraparte elegible. Al ser los actores, indubitadamente, inversores minoristas, la protección es máxima cuando, además, los productos que se le vendían eran complejos como los de autos (artículo 79 bis. 8. en relación con el artículo 2 apartados 2 al 8 de la Ley del Mercado de Valores).

La Ley del Mercado de Valores fue modificada por la ley 47/2007, de 19 de diciembre, que incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE. En lo que aquí puede interesar, esta reforma obliga a tratar los intereses de los inversores "como si fueran propios" (artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores), a dar una información "imparcial, clara y no engañosa" (artículo 79 bis 2), con el deber de facilitarles información comprensible "sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión" (artículo 79 bis 3), de suerte que tal información debe "incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias" (artículo 79 bis 3, pto, 3º), exigiendo además, aunque no se preste el servicio de asesoramiento, un deber de la entidad de identificar la cualificación y conocimientos del inversor con relación a un concreto producto "con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para, el cliente", debiendo advertir al cliente de su inadecuación cuando así lo sea (artículo 79 bis 7 de la Ley del Mercado de Valores).

El Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, que derogó el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, reguló en los artículos 60, 62 y 64 los parámetros esenciales de la información que deben prestar las entidades. En el primero de los mencionados preceptos se establece que "...b) La información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible, c) La información será suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o

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

El artículo 79 bis, apartado 7 de la Ley del Mercado de Valores establece que el objetivo del análisis de conveniencia es que la entidad obtenga los datos necesarios para valorar si, en su opinión, el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender la naturaleza y riesgos del servicio o producto ofrecido, advirtiéndole en aquellos casos en los que el producto no es adecuado.

Únicamente se excluyen de la evaluación de la conveniencia los supuestos a los que se refiere el artículo 79 bis apartado 8 de la Ley del Mercado de Valores, en los que la entidad presta el servicio de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes y, además, a iniciativa del cliente.

La finalidad de la evaluación de la conveniencia de la inversión es que la entidad, a su vez, reciba información del cliente para, con base en ella, poder hacer una advertencia al inversor sobre la adecuación de la inversión a su perfil.

Ello supone la imposición a las entidades financieras de una nueva obligación. Ya no basta con la información genérica sobre las características y riesgos del producto sino que, además, es preciso, una decisión de la entidad sobre la conveniencia de la inversión que se traduzca en una información al inversor individualizada y personalizada, hasta el punto de que puede entenderse que la decisión inversora se forma en un proceso cooperativo en el que participa limitada y regladamente la propia entidad financiera.

La evaluación de la conveniencia de la inversión es obligatoria. Así, el artículo 73 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y demás entidades que prestan servicios de inversión, establece que: "*A los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis. 7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que prestan servicios de inversión distintas de los previstos en el artículo anterior [servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera en los que lo que se requiere es una evaluación de la idoneidad] deberán determinar sí el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o servicio de inversión ofertado o demandado*".

El artículo 74 de la misma norma establece los aspectos a considerar en el análisis de conveniencia que serán los siguientes: "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 período durante el cual se hayan realizado. c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes*".

Pues bien, en general, el mecanismo establecido por las entidades para recabar los datos necesarios del cliente, cuando la información no puede obtenerse internamente, es la realización de cuestionarios o test de conveniencia.

En el caso de autos, el test de conveniencia arrojó como resultado que el Sr. Martí Mateu "*desea que su propuesta de inversión esté compuesta exclusivamente por renta fija*"; y que "*quiere que su patrimonio no sufra fluctuaciones negativas importantes en este período de tiempo*", siendo el "*horizonte temporal de la inversión de más de cinco años*".

Pues bien, comparando los datos que arroja el perfil inversor con las características de las participaciones preferentes, vemos que existe una falta de ajuste entre unos y otras, de la que se infiere que la entidad bancaria no cumplió debidamente con ese plus de información que la reforma MIFID de la Ley del Mercado de Valores a las entidades financieras de manera que sean auténticas consejeras de los inversores minoristas para aseguramiento de que el producto que adquieren se ajusta a sus expectativas.

Así:

a) Con independencia de la discusión económica y nominalista que se pudiera mantener sobre si las participaciones preferentes son, desde el punto de vista financiero, "renta fija" o no, lo cierto es que, según el documento facilitado por Caja Madrid al Sr. Martí (folio 296) "el pago de la remuneración está condicionado a la obtención de beneficios distribuibles por parte del emisor o de su grupo". No parece posible sostenible que, como alega la apelante, nos hallemos ante un producto cuya rentabilidad aparece preestablecida de antemano, que es lo que cualquier persona sin conocimientos financieros especializados entiende como "renta fija".

b) En el mismo documento se informa de que el riesgo es elevado y de que existe la posibilidad de pérdidas en el nominal invertido. Difícilmente puede entenderse, pues, que nos hallemos ante un producto que garantice que el patrimonio del inversor permanezca incólume, como claramente quería el Sr. Martí.

c) Finalmente, resulta incompatible el deseo de temporalidad –más de cinco años- manifestado por el inversor minorista, con el carácter perpetuo de las participaciones preferentes. Es más, la perpetuidad de las participaciones preferentes parece incompatible con la edad de los inversores -73 y 71 años al tiempo de suscribirse-.

CUARTO.- Por otro lado, don Joan Pons Gual, director de la oficina en la que se contrató la adquisición de las participaciones preferentes, al declarar en juicio como testigo, proporcionó datos que corroboran que la suscripción de tales productos se hizo con error. Así:

- La iniciativa de la inversión fue de la propia entidad bancaria.
- Existía una relación de confianza con el cliente que indudablemente hubo de influir en el ánimo del Sr. Martí, y explicaría que éste no leyese con atención la información sobre el producto, lo que permite mantener la excusabilidad del error.
- No se informó al cliente de las dificultades de recuperar la inversión porque en ese momento era impensable que tal fenómeno pudiera producirse pues existía un mercado secundario en el que se compraban y vendían participaciones preferentes sin problemas.
- Verbalmente se le informó de que la posibilidad de perder inversión era muy remota.
- El director de la sucursal tiene la impresión de que el cliente se llevó la idea de que compraba un producto de renta fija, denominación ésta que, a entender de la sala, por el contexto en que se vertió la información, significa tanto como una inversión a plazo fijo y con renta predeterminada.

Estos tres últimos datos apuntan a una discrepancia entre lo que el actor firmó sobre información facilitada y aquello que realmente se le informó – riesgo elevado y posibilidad de perder nominal-.

Con relación a esta última cuestión, este tribunal, en su sentencia de 13 de noviembre de 2012 ya estableció que. *“En la práctica, se suele hacer constar en los contratos que suscriben los consumidores, clientes bancarios o inversores minoristas, manifestaciones formales de haber sido, efectivamente, informados, con lo que se pretende que quede acreditado documentalmente el cumplimiento de las obligaciones legales de información a cargo de las entidades, todo ello en consideración a que, como ha dicho este mismo tribunal en su sentencia de 16 de febrero de 2012, la carga de la prueba de la correcta información y, sobre todo, en el caso de productos de inversión complejos, corresponde a la entidad financiera, por ser ella quien tiene la obligación legal de informar y por no poderse imponer al inversionista la carga de probar un hecho negativo- la no información.*

La inclusión en el contrato de una declaración de ciencia en tal sentido en el caso del inversor, básicamente, que conoce los riesgos de la operación, no implica siempre que se haya prestado al consumidor, cliente o inversor minorista la preceptiva información, no constituye un presunción "iuris et de iure" de haberse cumplido dicha obligación ni de que el inversor, efectivamente conozca los riesgos, último designio de toda la legislación sobre transparencia e, información.

En efecto, dentro de los contratos han de distinguirse las manifestaciones de voluntad de las declaraciones de ciencia.

La manifestación de la voluntad es la exteriorización de un hecho psíquico interno destinado a producir efectos jurídicos de manera que cuando éstos son los queridos por el agente nos hallamos ante una declaración de voluntad. La declaración de ciencia está dirigida a dejar constancia de una serie de hechos, situaciones o características que han de acompañar a la declaración de voluntad para que ésta produzca efectos jurídicos.

Un contrato suele incluir tanto declaraciones de voluntad como declaraciones de ciencia y la vinculación entre unas y otras es normalmente estrecha puesto que las declaraciones de ciencia iluminan el curso del proceso mental que concluye con la formación de la voluntad interna expresada en la correspondiente declaración.

La diferencia entre uno y otro tipo de declaración no radica, pues, en que una produzca efectos jurídicos directos y la otra no, puesto que tanto uno como otro tipo

de declaración configuran las relaciones jurídicas contractuales e instauran la reglamentación jurídica que ha de regir la conducta de las partes.

Lo que distingue la declaración de voluntad de la de ciencia es que esta última, es decir, la declaración de ciencia, contiene una referencia a la realidad que la primera, esto es, la declaración de voluntad, no precisa. Una declaración de ciencia es, en efecto, una expresión de que el negocio se ha realizado en un determinado contexto, bajo una situación, o tomando en consideración ciertos hechos.

Esta diferencia entre declaración de voluntad y declaración de ciencia, tiene una repercusión en cuanto a los vicios que pueden afectar a una u otra. Así, la declaración de voluntad puede verse afectada por el error vicio de la voluntad que da lugar a la anulabilidad del contrato. En cambio, las declaraciones de ciencia pueden perder eficacia, además de por vicios en el consentimiento, si se demuestra que la correspondencia, con la realidad que contienen es inexistente, si el hecho al que se refieren no se dio, si el dato influyente en la conclusión del contrato no existía o era distinto del que se tuvo en cuenta en el momento de celebrarlo.

Una expresión de cuanto se viene diciendo puede hallarse en el artículo 89.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios – no aplicable, como antes se ha dicho, al caso de autos-, que considera como cláusulas abusivas "las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios"; precepto del que puede inferirse que son nulas las declaraciones de ciencia si se acredita que los hechos a los que se refieren son inexistentes o "ficticios", como literalmente expresa el texto legal.

Por todo ello habrá que entender que las declaraciones de ciencia o de "saber" generan una presunción de que la correspondencia con la realidad que indican es cierta, pero que ello no impide que dicha presunción quede desvirtuada si, mediante la pertinente actividad probatoria desplegada en el proceso, se demuestra que la correspondencia con la realidad es inexistente.

En el ámbito de la protección del consumidor, del cliente bancario o del inversor, la información es considerada por la ley como un bien jurídico y el desequilibrio entre la información poseída por una parte y la riqueza de datos a

disposición de la otra es considerado como una fuente de injusticia contractual. Por ello el legislador obliga al empresario, el banco o la entidad financiera a desarrollar una determinada actividad informativa.

La acreditación de haber desarrollado la actividad informativa legalmente exigida se consigue, en principio, mediante las declaraciones de ciencia que se incluyen el contrato.

En tal supuesto, se genera una presunción "iuris tantum" de que sé ha desplegado la actividad informativa exigible relativa a la naturaleza de los productos y a los riesgos que supone".

Dicha presunción puede ser desvirtuada en el proceso mediante la oportuna prueba y, en el caso de autos, tal como se ha indicado, la testifical del director de la sucursal bancaria demuestra que la información realmente facilitada al inversor minorista no se corresponde con la documentada.

QUINTO.- Don Jaime Martí Mateu, con anterioridad a la compra de las participaciones preferentes de autos, suscribió otros productos financieros con Caja Madrid, pero ello no implica, como sostiene la demandada apelante, que su experiencia inversora fuese suficiente como para conocer con exactitud el alcance de los riesgos que asumía al efectuar la inversión objeto del presente proceso, y ello por las siguientes razones:

i) Existen elementos contractuales de la adquisición de las participaciones preferentes, como son que su amortización dependa de la voluntad del emisor, o su orden de prelación, de difícil comprensión. Con relación a este último extremo, basta reproducir aquí los términos de la ficha del producto –cuya fecha de entrega no consta-: *"Las Participaciones Preferentes Serie II se sitúan en el orden de prelación, tal y como se describe en el Folleto por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados del Emisor; y cualquier otra serie de participaciones preferentes del Emisor con un mismo rango que las Participaciones Preferentes Serie II, que haya emitido o pueda emitir, en su caso, en el futuro. Asimismo, en virtud de la Garantía, las Participaciones Preferentes Serie II se situarán por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados de Caja Madrid; y al mismo nivel que cualquier garantía equiparable a la prestada por el Garante a las Participaciones Preferentes*

Serie II y con las participaciones preferentes o valores equiparables que, en su caso, pueda emitir el Garante'.

ii) Esta complejidad se ve en la actualidad refrendada por lo dispuesto en el artículo 79 bis, 8.a) ii. de la Ley del Mercado de Valores , fruto de la reforma llevada a cabo en 2007 para incorporar la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MIFID), donde se califica a las permutas financieras y demás derivados como productos complejos.

iii) La experiencia del actor como inversor minorista no exime a la entidad bancaria de su obligación de informar sobre las características del producto.

iv) Finalmente no puede sostenerse que el haber suscrito anteriormente otras participaciones preferentes implique un conocimiento de este producto pues ninguna prueba se ha practicado sobre el grado de información que se proporcionó al Sr. Martí en aquella ocasión, y el hecho de que la inversión fuese positiva pudo ocultare los riesgos y efectos negativos que este tipo de producto también lleva consigo, y que se pusieron de manifiesto a raíz de la crisis económica. Resulta curioso que en el "resumen cuestionario perfil inversor" confeccionado por el banco, no se haga mención expresa de la experiencia previa del Sr. Martí en acciones preferentes, y sí en otros productos financieros (depósitos, renta fija, fondos de inversión, Unit Link y acciones de renta variable).

v) La relación de confianza con el director de la sucursal que había durado 22 años y en virtud de la cual el Sr. Pons Gual incluso hacía la declaración de la renta al Sr. Martí pudo haber llevado a éste a relajar la exigencia de información que requería una inversión como la que hizo.

SEXTO.- Los actos propios se definen como expresión inequívoca del consentimiento que actuando sobre un derecho o simplemente sobre un acto jurídico, concretan efectivamente lo que ha querido su autor y, además, causan estado frente a terceros. Constituyen un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de la buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurren los requisitos o presupuestos que

la jurisprudencia exige para su aplicación, cuales son que sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer, sin duda alguna, una determinada situación jurídica afectante a su autor y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una contradicción o incompatibilidad según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior (sentencias del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2001 y 28 de octubre de 2003 , entre otras muchas).

Como recuerda 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 su carácter positivo, o incluso ligeramente negativo, permitió la pervivencia del error de manera que la actora siguiera creyendo que el contrato hoy impugnado era algo distinto de lo que verdaderamente había suscrito.

SÉPTIMO.- La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2008 señala que *"El régimen jurídico que establece el art. 1303 del CC , que configura una suerte de condictio indebiti, y mediante el que se trata de conseguir que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante, nace de la Ley y no necesita petición expresa, por lo que es apreciable de oficio, no*

exasperando el ámbito del principio iura novit curia por "no representar alteración en la armonía entre lo suplicado y lo concedido".

En consecuencia, procede desestimar también el recurso de apelación en lo referente a los intereses puesto que el régimen de éstos en caso de restitución derivada de la nulidad del contrato ha de regirse por lo establecido en el artículo 1303 del Código Civil, que exige que su devengo haya de retrotraerse al momento de la celebración del contrato para conseguir así la finalidad de la declaración de nulidad cual es eliminar cualquier efecto que el contrato hubiera podido producir durante su vigencia.

OCTAVO.- Reiterada doctrina del Tribunal Supremo ha venido estableciendo que procede imponer las costas a la parte demandada cuando la pretensión actora es estimada en lo sustancial, así, entre otras, en las Sentencias de 21 de enero de 2008, 6 de junio de 2006, 26 de abril de 2005, 24 de enero de 2005, y 17 de julio de 2003, manteniendo, a los efectos de imposición de costas, la equiparación de la estimación sustancial a la total.

Pero la aplicación de la anterior doctrina no puede llevar a entender que ha habido una estimación sustancial de la demanda cuando la reducción operada en la pretensión actora ha sido de casi un 20%.

En consecuencia, en este concreto extremo procederá estimar el recurso de apelación interpuesto por Bankia, S.A.

En cambio, el recurso interpuesto por Caja Madrid Finance Preferred, S.A. no se estima dado que no se refiere a este motivo de apelación, único que se estima.

NOVENO.- Dado lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y siendo la presente resolución parcialmente estimatoria del recurso de apelación, serán a cargo de la parte apelante las costas causadas en esta alzada.

En virtud de lo que establece la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por el número diecinueve del artículo primero de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, se acuerda la

devolución del depósito consignado para recurrir a Bankia, S.A., y la pérdida del consignado por Caja Madrid Finance Preferred, S.A.

FALLAMOS

Se estima en parte recurso de apelación interpuesto por el procurador de los tribunales don Francisco Arbona Casanovas, en nombre y representación de Bankia, S.L., contra la sentencia dictada el día 24 de mayo de 2013 por la Ilma. Sara. Magistrada del Juzgadote Primera Instancia número 4 de Palma de Mallorca, en el juicio ordinario del que el presente rollo dimana.

Se desestima el recurso interpuesto contra la misma resolución por el procurador de los tribunales don Francisco Arbona Casanovas, en nombre y representación de Caja Madrid Finance Preferred, S.A.

En consecuencia, se modifica dicha resolución en el siguiente extremo:

No se hace pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia.

Se confirma la resolución recurrida en todos sus restantes extremos.

No se hace pronunciamiento sobre las costas de esta alzada por el recurso de Bankia, S.A., con devolución del depósito constituido por dicha parte.

Se condena a Caja Madrid Finance al pago de las costas causadas en esta alzada por su recurso con pérdida del depósito constituido por dicha parte para recurrir.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en esta alzada, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario certifico.

INFORMACION SOBRE RECURSOS CONTRA LA SENTENCIA

Recursos.- Conforme al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, contra las **sentencias** dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso **extraordinario por infracción procesal** o el **recurso de casación**, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.

Órgano competente.- Es órgano competente para conocer de ambos recursos –si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo es con carácter transitorio) la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

Plazo y forma para interponerlos.- Ambos recursos deberán interponerse ante esta tribunal, en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, mediante escrito firmado por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.

Aclaración y subsanación de defectos.- Las parte podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.

Depósito

En virtud de lo que establece la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de Noviembre, ha de aportar la parte el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta sección tercera de la Audiencia Provincial (0450), debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.