

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Décima
C/ Ferraz, 41 - 28008
Tfno.: 914933917
37007740
N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0000175
Recurso de Apelación 10/2014



(01) 30123933533

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 97 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 491/2013

APELANTE: BANKIA SA
PROCURADOR D./Dña. JAVIER ALVAREZ DIEZ
APELADO: D./Dña. [REDACTED]
PROCURADOR D./Dña. LETICIA CALDERON GALAN

SENTENCIA Nº 18/2014

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:
D./Dña. JOSÉ MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ
D./Dña. ÁNGEL VICENTE ILLESCAS RUS
D./Dña. MARÍA ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO

En Madrid, a veintidós de enero de dos mil catorce.
La Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 491/2013 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 97 de Madrid a instancia de BANKIA SA apelante - demandado, representado por el/la Procurador JAVIER ALVAREZ DIEZ y defendido por Letrado, contra D./Dña. [REDACTED] apelada - demandante, representada por el/la Procurador LETICIA CALDERON GALAN y defendida por Letrado; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 30/09/2013.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. José Manuel Arias Rodríguez.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 97 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 30/09/2013, cuyo fallo es el tenor siguiente: "QUE ESTIMANDO COMO ESTIMO

LA DEMANDA INTERPUESTA POR D^a [REDACTED] REPRESENTADA POR LA PROCURADORA DA. LETICIA CALDERÓN GALÁN, CONTRA BANKIA S.A., REPRESENTADA POR EL PROCURADOR D. JAVIER ÁLVAREZ DIEZ, CON LA INTERVENCIÓN DE CAJA MADRID FINANCE PREFERRED S.A. , REPRESENTADA POR EL PROCURADOR D. JAVIER ALVAREZ DIEZ, DEBO DE ACORDAR Y ACUERDO: 1.- La nulidad relativa (por error en el consentimiento) de las orden de compra de fecha 24 de junio del 2011 referida a "Participaciones preferentes Caja Madrid 2009" por 800 título y un nominal de 80.000 euros. 2.- Con la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las prestaciones, de conformidad a lo establecido en el fundamento de derecho undécimo de la presente resolución. 3.-La condena en costas a la demandada BANKIA S.A. respecto de las costas causadas a la actora." .

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de fecha 20 de enero de 2014, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 21 de enero de 2014.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de D^a [REDACTED] se promovió juicio ordinario frente a Bankia instando que se dictase sentencia que declare a dicha entidad bancaria como responsable del vicio y error en el consentimiento en la demandante para la adquisición de productos financieros propios y, en consecuencia, la nulidad radical de la orden de compra de valores Bankia de los productos "participaciones preferentes de la propia entidad, Código I.S.I.N., número ES0115373021" por importe de 80.000 euros, condenando a la interpelada a la adquisición de los títulos propios y a la devolución a la demandante del nominal de las inversiones por un total de 80.000 euros, más los intereses legales desde la fecha de las suscripciones, e incrementado en dos puntos desde la sentencia hasta el completo pago. Subsidiariamente, se declare que Bankia ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información como comisionista prestador de servicios de inversión y depositario de valores, infringiendo la buena fe contractual, así como la normativa del Mercado de Valores de aplicación, y se condene a la entidad accionada a indemnizar a la actora por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de su negligente actuar, que se corresponden con la pérdida de valor del producto según su valor de mercado correspondiendo con la pérdida de valor de los títulos a la fecha de la sentencia que deberá ser facilitada por Bankia o la que correspondiese según su valor en ejecución de sentencia, pues los intereses legales desde la fecha de las suscripciones, e incrementado en dos puntos desde la sentencia hasta el completo pago.

La parte interpelada se opuso a la demanda, dictándose sentencia en primera instancia, estimando en su integridad el pedimento principal deducido en el suplico de la

demanda instauradora de la litis; decisión judicial recurrida en apelación por la parte demandada en procura de una sentencia que revoque la recurrida y la sustituya por otra que desestime dichos pedimentos con imposición de las costas procesales originadas en ambas instancias a la parte actora. Se fundamenta dicha pretensión en la base impugnativa expuesta en el escrito de interposición del recurso de apelación, redactado conforme a lo dispuesto en el artículo 458 de la LEC y articulado en varios motivos de disenso que delimitan el ámbito del enjuiciamiento en esta instancia.

Con independencia de que, por una parte, nunca podrían imponerse a la parte apelada las costas procesales producidas en la presente instancia, cualquiera que fuese el tratamiento que se dispense al recurso de apelación, dado que dicho pedimento está desprovisto de toda cobertura legal y pugna abiertamente con la dicción del artículo 398 de la Ley Procesal Civil, por lo que, aún cuando se estimase el recurso en su integridad, ello tendría incidencia en las costas generadas en el primer grado jurisdiccional, a cuyo efecto había de estarse a lo dispuesto en el artículo 394 del citado texto procesal y, por otra, que la exceptio plurium consortium no podría tener acogida favorable en esta instancia tanto por tomar como pilar basilar del argumento que preconiza la situación litisconsorcial una premisa errónea, cual es que la entidad ahora apelante actuó como intermediaria y comercializadora en la recepción, transmisión y ejecución de la orden de suscripción de participaciones preferentes mayo de 2009 objeto de autos (siendo así que la actividad demostrativa reunida en las actuaciones revela que la compañía mercantil accionada prestó servicios de asesoramiento de inversión a la actora, como veremos) cuanto que reiteradamente hemos rechazado la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por falta de interés de interés directo y legítimo de la entidad Caja Madrid, Finance Preferred S.A. (véanse ad exemplum el auto dictado el día 22-11-2013 en el Rollo de Apelación 582/2013 y la sentencia recaída el día 15-1-2014 en el Rollo de Apelación 443/2013), el recurso de apelación interpuesto ha de fenecer forzosamente, en cuanto que los alegatos vertidos en el mismo no desvirtúan en absoluto la motivación actora en que se hizo descansar la ratio decidendi reflejada en la decisión judicial discutida, por lo que las inferencias extraídas por el Juzgador a quo han de quedar incólumes y a tan atinada fundamentación nos remitimos in totum, siendo sólo dable poner de relieve: 1º) que no se puede poner en tela de juicio que haya existido una verdadera labor de asesoramiento individualizado o recomendación por parte de la apelante. Afirmar que no existe ninguna recomendación personalizada ni asesoramiento individualizado por parte de la empleada de Bankia para la contratación de las participaciones preferentes de autos cuya nulidad se impetra como pedimento principal es hacer supuesto de la resultancia demostrativa que el bagaje probatorio evidencia de forma paladina. En efecto, basta acudir en este sentido al testimonio de D^a [REDACTED], quién en el acto del juicio puntualizó que llamó a la demandante y a su madre porque tenían unas preferentes de Endesa, habiendo salido de la empleada de Bankia la iniciativa, pues “si yo no les llamo ellas no hubiesen venido. Eso está claro”. Preguntada si no era cierto que aconsejó a D^a [REDACTED] y progenitora deshacer la posición de Endesa para que se invirtiese en Bankia, respondió afirmativamente, e incluso matizó “yo lo hice, desde luego, con la mejor intención, pensando que vendían unas preferentes al 4 y que estas estaban al 7%. Evidentemente yo no podía saber que fuese a pasar esto”. Ciertamente, la testigo precisó que se habían ofrecido otros productos, y de hecho contrataron un depósito, pero de la ponderación de ese testimonio en su integridad se desprende inequívocamente que D^a [REDACTED] recomendó de forma personalizada y a iniciativa propia y, ergo, de la entidad apelante la contratación del instrumento financiero cuya nulidad se postuló en el escrito inicial del pleito, por la potísima razón de que sin esa recomendación personalizada no hubiese adquirido el producto financiero a que se

circunscriben las actuaciones, como se ha dejado expuesto.

Claro que en ningún precepto legal se establece que el asesoramiento haya de presumirse, pero ello se torna irrelevante si el asesoramiento en liza rezuma de la declaración de D^a [REDACTED], la que resulta altamente significativa de la escasa información sobre el instrumento financiero que proporcionó a la accionante. En efecto, la empleada de la entidad demandada concretó que le había explicado las cosas más importantes del folleto, “no leí siete hojas, no lo he leído entero con ellos, sí que le explicábamos la mayor parte de las cosas”. Sin embargo, no pudo precisar lo que explicó ni siquiera si el momento de la contratación de las preferentes coincidió con la visita realizada por la actora a causa de la llamada telefónica efectuada por D^a [REDACTED] y en unidad de acto o se le entregó la documentación para que la llevase a su casa y volviese otro día, por más que ello es descartable a la luz del propio testimonio de la empleada, quién reiteró que “no leí palabra por palabra”, ni tampoco les dije oye que Bankia puede quebrar y os van a dar acciones y no se qué. Por supuesto, yo no les advertí de ese riesgo que para mí era impensable”, además de afirmar que no creía que le dijese el rating de Bankia en junio de 2011, ni que utilizase el término perpetuo, ni o que era un producto sin vencimiento, pues que “es cierto que cuando venían de otros productos así, a lo mejor omitíamos esos detalles”. Obviamente de ese testimonio no puede colegirse que se haya dado cumplimiento a la obligación de información completa, clara y comprensible, ni puede reputarse correcta la forma de recabar información sobre los conocimientos y experiencia del cliente en el ámbito de la inversión correspondiente al tipo de producto financiero, por más que de los datos de que disponía la entidad bancaria, de la conversación mantenida con la actora y resultado del test de conveniencia tenía que fluir ineluctablemente que ese producto no era adecuado para la demandante. Al tratarse las participaciones preferentes de productos complejos, volátiles, híbrido, con posibilidad de remuneración periódica alta, calculada en proporción al valor nominal del activo, pero supeditada a la obtención de utilidades por parte de la entidad financiera en ese período, pues que no en vano constituyen recursos propios de dichas entidades, como se desprende del artículo 7 de la Ley 13.185, de 25 de mayo, habiendo sido redactada su Disposición Adicional Segunda por el apartado 10 del artículo 1 de la Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se traspone la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16-9-2009. In noce, aún cuando prescindiésemos de que la empleada de la entidad demandada D^a [REDACTED] leyó el documento n^o 3 de los que se adjuntaron al escrito de contestación a la demanda de forma parcial, lo que mal consueña con la tranquilidad y reflexión que requiere el estudio detenido del folleto o resumen de la emisión de participaciones preferentes, siempre habríamos de llegar a la conclusión de que se realizó una recomendación personalizada para contratar la adquisición de las preferentes y, además, que la información fue a toda luz absolutamente deficiente y, por ende, impeditiva de poder conocer la demandante las características del producto de inversión que adquirió, los que, como se ha dejado razonado, fueron silenciadas por D^a [REDACTED], no obstante tratarse de un producto complejo y de carácter perpetuo, como se plasma en el propio documento n^o 3 del escrito de contestación a la demanda.

A mayor abundamiento, la información proporcionada a la actora no sólo fue inadecuada e incompleta, sino incluso inexacta en el casus datus, como resulta del documento n^o 25 de los acompañados a la demanda, esto es, el resguardo de la orden de compra, donde se lee literalmente “El ordenante declara que ha recibido información sobre el instrumento financiero al que se refiere esta orden y que la entidad no le ha prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversión, es decir, que no ha recibido recomendación personalizada alguna sobre el instrumento financiero al que se refiere la presente orden”, lo que se ve desmentido por el testimonio de la empleada de Bankia, D^a

██████████, bastando recordar sus propios términos “yo desde luego lo hice con la mejor intención pensando que tenían unas preferentes al 4% y que éstas estaban al 7%”. Pero es que si hubiese alguna duda en punto a la unidad de acto en que se llevó a cabo la recomendación de las preferentes la realización del test de conveniencia y la contratación del producto financiero las fechas en que están datados esos documentos son sintomáticas. El test de conveniencia, además de ser inapropiado para el tipo de servicio de inversión prestado que, insistimos, fue el de asesoramiento, resulta insuficiente para trazar el perfil de la demandante y repite constantemente el término renta fija, siendo así que, cual es bien sabido, las participaciones preferentes son instrumentos híbridos de capital de carácter perpetuo con intereses no acumulativo contingente (devengo condicionado) de tipo variable, fijo o mixtos, ultrasubordinado, estructurado con derivados implícitos en forma de una cadena de opciones exóticas call bermuda a favor exclusivamente del emisor, aunque a veces también incorporan techos y suelos asociados al cobro del cupón contingente y no acumulativo, o, por seguir con los criterios expresados en el informe pericial acompañado a la demanda como documento nº 35, elaborado por el Catedrático de Economía Financiera de la UAM, D. Prosper Lamothe Fernández, “las participaciones preferentes son instrumentos financieros atípicos para la captación de recursos propios de primera categoría de naturaleza altamente compleja y perfil de riesgo muy elevado, recogiendo en la conclusión cuarta de dicho informe pericial que el precio en fecha de 26 de junio de 2011 sería de 62,43, o lo que es lo mismo, un sobreprecio para el cliente de 13,07%. La venta con fuertes “sobrepuestos”, amén de entenderse como una comisión implícita extremadamente elevada y no informada de los activos, induce a error a los clientes quienes contratan un activo a precio 100% cuando realmente ya está despreciado en el mercado. Es decir, el cliente en el minuto 1 de la inversión ya pierde dinero de forma muy significativa. El valor de mercado inicial era negativo en un 37,07 %, y por tanto, las pérdidas de la inversión no se pueden imputar de forma absoluta a los movimientos de los mercados, sino al precio de venta del activo, no dejando de ser ilustrativa la conclusión relativa al proceso de comercialización, ciertamente irregular de “cese de operaciones o mercado interno”, a través del que se mantenía de forma artificial un precio de mercado que realmente no correspondía, lo que ya fue prohibido en mayo del 2010 por la CNMV, quedando paralizado el mercado casi por completo y quedando atrapados los clientes sin poder deshacer sus posiciones y con muchas dificultades, pero en todo caso con el valor de sus productos cayendo en picado. De esa circunstancia no fue informada la actora al tiempo de contratar, como tampoco de que en ese momento perdía 29.656 euros al adquirir un producto por 80.000 euros cuando realmente valía 50.344 euros”, como se pormenoriza por el perito D. Prosper Lamothe Fernandez en la página 176 de su informe, en que por lo demás, se destaca la distonía entre el test de conveniencia diseñado por Caja Madrid, el llevado a cabo por el propio perito con la actora y el propio folleto de Emisión de Participaciones Preferentes serie II de Caja Madrid de 2009, donde se indicaba expresamente que no era un producto de renta fija, señalando las diferencias que separan a esas dos tipologías de productos financieros de naturaleza distinta, con lo que una venta de preferentes como un producto de renta fija impide a un cliente minorista obtener un juicio fundado de lo que realmente contrata. En este sentido es dable remarcar que la testigo Dº ██████████ afirmó en el acto del juicio “Es que esto se consideraba renta fija, después se han llamado los híbridos famosos, pero en esa época no eran híbridos, era renta fija; aseveraciones que mal se compadecen con las conclusiones del perito D. Prosper Lamothe Fernández en términos de que “ya en el año 2005 el Banco de España indicó que las participaciones preferentes son un híbrido de capital”, así como que la renta fija y las participaciones preferentes son dos tipologías de naturaleza financiera distinta, al tener normalmente la renta fija tradicional (bonos, obligaciones, etc.) con vencimiento cierto y

determinado, mientras las preferentes por su naturaleza son siempre a perpetuidad, son la renta fija tradicional deuda senior mientras que las preferentes son ultra-subordinadas y tienen un riesgo de crédito superior, no llevan recargo redes estructuras de opsiones call implícitas a favor del emisor de forma perpetua, la renta fija tradicional, no estar condicionadas a la existencia de beneficios los instrumentos de renta fija tradicional, por lo que se cobran siempre, además de generar estas siempre un derecho de cobro en caso de evento de crédito, lo que no ocurre en las participaciones preferentes.

Que la información precontractual sobre riesgos fue deficiente e insuficiente se examina de forma exhaustiva en los folios 177 y ss del informe pericial meritado, el que no se ha visto desnaturalizado por contraprueba alguna, por lo que el reenvío al mismo resulta procedente, siendo solo recordable que en el dictamen preindicado se subraya que no quedan advertidos debidamente los riesgos de crédito, como tampoco el riesgo de liquidez de las emisiones y la posibilidad de no poder deshacer la posición ante escenarios adversos, ni el riesgo de mercado ni el riesgo de absorción de pérdidas, ni el funcionamiento de la opción call, ni las reducciones del índice de cobertura sobre pérdidas o de superávit de recursos propios sobre el mínimo regulatorio. Al tratarse de un instrumento financiero complejo con importantes riesgos la necesidad de información se acrecienta, no debiendo orillarse que uno de los objetivos de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21-4-2004 (DOVE L 145, de 30-4-2004) es la protección de los inversores, lo que sólo se consigue si se proporciona a los clientes una información imparcial, clara y no engañosa, lo que les ayudara a comprender los productos y servicios de inversión y a tomar decisiones informadas. Nótese, en otro orden de cosas, que el informe pericial elaborado por D. Prosper Lamothe Fernández no sólo no se ha visto eclipsado por contraparte alguna sino que incluso, si cabe, se ha visto reforzado por las precisiones efectuadas por su redactor en el acto del juicio, las que cobran particular relieve en orden a la virtualidad que ha de concederse a la circunstancia de que la actora ya fuese titular de participaciones preferentes, ítem más cuando, no se debe preterir, las había recibido a título de herencia de su padre, como declaró contundentemente D^a [REDACTED] sobre este particular; extremo del que nos hemos ocupado en la reciente sentencia recaída el día 15-1-2014 en el Rollo de apelación 443/2013, donde subrayamos que “sin que reste un ápice a la virtualidad de ese deber de informar la circunstancia de que en el año 1999 la parte actora adquiriese participaciones preferentes y las mantuviese bastantes años, si la situación económica de la entidad demandada no era a la sazón la misma, y la anterior inversión permitió obtener la rentabilidad buscada, tornándose en acicate para su contratación; rentabilidad la que crea en el inversor la falta perspectiva de que como una vez que compró y vendió al 100% el producto no tiene riesgo, cuando ello no es veraz”.

Es a la entidad financiera sobre quién recae el onus probando de que esa información proporcionada a la parte adversa fue completa, precisa y comprensible, como tantas veces hemos declarado, entre otras en la sentencia preindicada o en la emitida el 12-9-2012 en el Rollo de Apelación 610/2012, donde señalamos “Es inconcuso que la información en el sistema bancario es básica para el correcto funcionamiento del mercado de servicios bancarios, siendo su finalidad tanto lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él, fundamentalmente a través de la información precontractual. Los contratos de permuta a cuya nulidad relativa se circunscribe el objeto litigioso se suscribieron con posterioridad a la Ley 47/2007 y al Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero. Sin embargo la ley 24/1988, de 28 de julio, ya establecía como regla general cardinal del comportamiento de las empresas de servicios de inversión y de entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses de los clientes como propios, y el RD 629/1993

desarrolló en su anexo un código de conducta presidido por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y adecuada información respecto de la clientela, a efectos de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (artículo 4 del Anexo 1), proporcionando el cliente toda la información de que disponga que puede ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión haciendo hincapié en los riesgos que cada operación comporta. Dicho Real Decreto fue derogado, y 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 sobre Mercados de Instrumentos Financieros, encaminada fundamentalmente a proteger a los inversores y asegurar el funcionamiento armónico de los mercados de valores, lo que precisa un régimen global de transparencia a fin de que los participantes en el mercado puedan evaluar en todo momento las condiciones de la operación que estén sopesando y comprobar a posteriori las condiciones en que se llevó a cabo. Es obvio que la ley de transposición de la Directiva aludida y el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, han venido a reforzar de forma significativa el deber informativo que pesa sobre esas entidades financieras, lo que ya había sido resaltado por la STS de 14-11-2005, por su posición preeminente y privilegiada respecto del cliente. La ley 47/2007 continúa con el desarrollo normativo de protección del cliente, introduciendo, por lo demás, la distinción entre profesionales y minoristas a los fines de distinguir el comportamiento debido frente a unos y otros (artículo 78 bis), además de reiterar el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios, incorporó en el artículo 71 una regulación exhaustiva de los deberes de información frente al cliente profesional, incluidos los clientes potenciales, entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece a los fines de que el cliente pueda “tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa”, debiendo incluir la información las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, no sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencia financiera y aquellos objetivos (artículo 79-bis 3,4 y 5).”.

Corolario de cuanto se ha dejado razonado es que, dicho está, el primer motivo de impugnación está condenado al fracaso por la potísima razón de que ni se calificó en la sentencia proferida en la primera instancia la relación jurídica entre las partes litigantes como de gestión asesorada de cartera, sino de recomendación o asesoramiento personalizado; calificación atinada si tenemos en consideración los razonamientos precedentes, resultado inane que no exista contrato de asesoramiento suscrito por las partes, si, cual es apodíctico, no se exige legalmente la existencia de contrato escrito, sino que se haya efectuado una recomendación personalizada. A tal efecto es de recordar la definición acuñada en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 (DOVE L 145; DE 30-4-2004) en cuyo artículo 4º-4 se conceptúa como asesoramiento “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”. Tampoco puede afirmarse con consistencia suasoria que una cosa es que la entidad demandada informe de los productos financieros que comercializa a sus clientes y de su opinión acerca de los mismos y otra bien distinta que esa información sea la determinante de la decisión del cliente de invertir en productos concretos, en la medida en que, si bien es viable teóricamente establecer dicho distingo, carece de toda entidad valorativa en el supuesto enjuiciado si se recomendó expresamente la adquisición de las participaciones preferentes por D^a ██████████, según hemos reiterado a lo largo de esta sentencia. En suma, el motivo ha de perecer.

SEGUNDO.- La misma suerte desestimatoria ha de causar la segunda objeción alzada frente a la sentencia dictada en primera instancia, donde se disiente de la apreciación del vicio del consentimiento por falta de información y claridad por parte de la entidad demandada, en cuanto que la ponderación inidónea del bagaje heurístico que se denuncia en el motivo se apoya en los documentos que se han aportado en el escrito de contestación a la demanda y en la corrección de la información facilitada a la demandada al contratar el producto, siendo así que, por una parte, los documentos aportados por la demandada con su escrito de litis contestatio adolecen de armonía intrínseca y han de ser aquilatados en conjunción con el resultado que ofrece la prueba testifical y, por otra, la información proporcionada a la demandante ha sido a toda luz insuficiente e incompleta, como se ha desarrollado in extenso en el Fundamento Jurídico anterior, al que nos remitimos totalmente para evitar reiteraciones superfluas.

Se colige de cuanto ha quedado razonado que las omisiones importantes en la información proporcionada a la demandante sobre aspectos esenciales del contrato perfeccionado produjeron ineluctablemente un conocimiento confuso en la demandante sobre el verdadero riesgo asumido incidiéndose en un error sobre la esencia del contrato y de entidad suficiente para invalidar el consentimiento, además de excusable, pues que, como se ha explicitado a lo largo de esta resolución de forma reiterada la suscripción de participaciones preferentes constituye un producto complejo lo que supone que la entidad que presta los servicios de inversión debe ser extremadamente diligente en la información que han de proporcionar a sus clientes para que éstos sean plenamente conscientes del objeto contractual y de las consecuencias del mismo, no debiendo soslayarse, por lo demás, la distinta protección en que se encuentran las partes contratantes, al ser la entidad bancaria demandada conocedora del entorno financiero y del producto que oferta a un cliente que, en el supuesto controvertido, sí goza de la protección del consumidor y a quien, en consecuencia, ha de aplicarse la normativa tuitiva de protección de los consumidores. En relación con la problemática atinente a la información contractual y precontractual que requieren este tipo de instrumentos financieros no puede sustentarse con rigor que Caja Madrid cumplió escrupulosamente con todos los requisitos establecidos por la normativa vigente al tiempo de la contratación cuando, por una parte, como se ha razonado debidamente, esa alegación pugna abiertamente con la resultancia probatoria y, por otra, la normativa aplicable exige a las entidades de inversión actuar con diligencia y transparencia, cuidando sus intereses como si fuesen propios, debiendo también mantener en todo momento informados a los clientes, siendo obvio que si se hubiese comportado con diligencia y cuidado no se habría recomendado la adquisición de un producto de alto riesgo a la demandante por no corresponder a su perfil, ya que la información no sólo ha de ser imparcial y no engañosa, sino también clara y suficiente para que el inversor puede comprender la naturaleza y los riesgos del tipo específico del instrumento financiero que se le ofrece de suerte que permita que tome decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. No puede redargüirse, consiguientemente, el resultado del test de conveniencia o la ficha del producto o tríptico resumen del proyecto cuando la empleada de la entidad apelante reconoció en el juicio que no leyó la totalidad del mismo, siendo llano que es insuficiente esa lectura por sí misma y se requiere que sea examinada con tiempo y reflexión por la persona inversora, todo ello sin mencionar las observaciones del informe pericial sobre la deficiente información que se contiene en ese folleto. Tampoco pueden traerse a colación que en el documento nº 4 de la contestación se admita por D^a [REDACTED] que ha sido informada que el producto participaciones preferentes ha sido identificado como producto complejo debido a los riesgos asociados, ya que carecen de toda eficiencia jurídica las declaraciones de ciencia de esta índole si se acredita que los hechos a los que se refieren son

inexistentes o ficticios, a tenor del artículo 89-1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, cual acaece en el casus datus, o alegaciones como que no se ha probado el error o que el mismo sea esencial, en cuanto que dichos alegatos carecen de toda consistencia y su claudicación es meramente tributaria de cuanto se ha dejado razonado; razonamientos que comportan el inacogimiento del motivo y a fortiori del recurso.

TERCERO.- Consecuencia del rechazo del recurso es que, a tenor del artículo 398 de la LEC, se impongan a la parte apelante las costas procesales originadas en este grado jurisdiccional, al no suscitar la materia litigiosa seria duda fáctica o jurídica.

Vistos los preceptos legales citados y demás disposiciones normativas de general y pertinente aplicación

III. FALLAMOS

Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Javier Alvarez Díez, en representación de BANKIA S.A. frente a la actora dictada el treinta de septiembre de dos mil trece por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 97 de Madrid, en los autos a que el presente Rollo se contrae, debemos confirmar y confirmamos la indicada resolución, e imponemos a la parte apelante las costas procesales causadas en esta alzada.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por 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.

Remítase testimonio de la presente Resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y efectos.

MODO DE IMPUGNACION: 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 Sección, abierta en Banesto Oficina Nº 1036 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2577-0000-00-0010-14, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así por esta sentencia, de la que se unirá certificación literal y autenticada al Rollo de Sala núm. 10/2014, lo pronunciamos y firmamos.

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

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.