

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 97 MADRID

C/ PRINCESA NUM 3 PLANTA 7
91.443.78.86
91.443.78.80

V2984

N.I.G.: 28079 30 1 2013 0136894

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Sobre

De D/ña.

CAJA MADRID FINANCE PREFERRED, S.A., BANCO FINANCIEROS Y DE

AHORROS S.A.

Procurador/a Sr/a. ERNESTO GARCIA-LOZANO MARTIN, JOSE MANUEL FERNANDEZ CASTRO , JOSE MANUEL FERNANDEZ CASTRO

Abogado/a Sr/a. SIN PROFESIONAL ASIGNADO, SIN PROFESIONAL ASIGNADO , SIN PROFESIONAL ASIGNADO

Contra D/ña. BANKIA S.A.

Procurador/a Sr/a. JOSE MANUEL FERNANDEZ CASTRO

Abogado/a Sr/a. SIN PROFESIONAL ASIGNADO

S E N T E N C I A N º 4 / 1 4

EL SR. D. SAGRARIO ARROYO GARCÍA, MAGISTRADO-JUEZ DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO NOVENTA Y SIETE DE LOS DE MADRID, HA VISTO LAS PRESENTES ACTUACIONES DE JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO, PROMOVIDAS POR DA.

, REPRESENTADA POR EL PROCURADOR D. ERNESTO GARCÍA-LOZANO MARTÍN, ASISTIDO DEL LETRADO D. FERNANDO ZUNZUNEGUI PASTOR, CONTRA BANKIA S.A, REPRESENTADA POR EL PROCURADOR D. JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ CASTRO, ASISTIDO DEL LETRADO D. MARIO REGLERO VICENTE, CON LA INTERVENCIÓN COMO COADYUVANTES DE CAJA MADRID FINANCE PREFERRED S.A. Y BANCO FINANCIERO Y DE AHORRO S.A., REPRESENTADAS POR EL PROCURADOR D. JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ CASTRO, ASISTIDO DEL LETRADO D. MARIO REGLERO VICENTE, QUE TIENE POR OBJETO INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES CON RECLAMACIÓN DE CANTIDAD Y OTROS EXTREMOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Que por la meritada representación de la actora, se formuló demanda, que tras su oportuno reparto correspondió a este juzgado, y en la misma, tras los hechos y los fundamentos que estimaba aplicables, terminaba suplicando al juzgado se dictase sentencia, por la cual se declare lo siguiente:

1) Que se declare que Bankia ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales en la comisión mercantil consistente en la operación de intermediación sobre los instrumentos objeto de la litis, en los términos recogidos en el cuerpo de la presente demanda, y al amparo del art. 1101 del Código Civil, se le condene a indemnizar a la demandante con el importe abonado para adquirir los productos objeto de las litis, con puesta a disposición a favor de Bankia, de las acciones de Bankia recibidas en canje, o compensando en su caso el importe recibido de la venta de las acciones.

2) Subsidiariamente, que Bankia ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones esenciales de seguimiento



de la inversión y de mantener en todo momento adecuadamente informado al Cliente, en especial por no haber avisado de la bajada de rating de 15 de junio de 2009, y al amparo del art. 1101 del Código Civil, se le condene a indemnizar a la demandante con el importe abonado para adquirir los productos, con puesta a disposición a favor de Bankia, de las acciones de Bankia recibidas en canje, o compensando en su caso el importe recibido de la venta de las acciones.

3) De forma cumulativa con las anteriores peticiones, se solicita que se condene a la demandada al pago de las costas judiciales causadas.

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a la demandada para que contestara la demanda, lo que verificó en tiempo y forma, y tras los hechos y los fundamentos que estimaba aplicables, terminaba suplicando al juzgado se dictase sentencia por la que se desestimen las pretensiones de la demanda, con imposición de costas a la actora.

Que por CAJA MADRID FINANCE PREFERRED S.A. Y BANCO FINANCIERO Y DE AHORRO S.A., se solicitó su intervención como tercero a los efectos del artículo 13 LEC, y tras su oportuna tramitación se acordó mediante auto de 30 de octubre del 2013, como coadyuvantes.

TERCERO: Que citadas las partes a la AUDIENCIA PREVIA prevenida en los artículos 414 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se llevó a efecto en el día y hora señalado, compareciendo debidamente la actora y la demandada, y los terceros intervinientes, los Procuradores y los letrados; manifestando que el litigio subsiste y que no había posibilidad en que se lograra acuerdo entre las partes; resolviéndose sobre las excepciones procesales formuladas; por los abogados de las partes se efectuaron manifestaciones sobre los documentos aportados de contrario, a los efectos del artículo 427 LECivil, por los letrados de partes procedieron a exponer y fijar los hechos, reiterándose en sus escritos de alegaciones. Seguidamente se acuerda el recibimiento a prueba. Por la parte actora se propusieron las siguientes pruebas: Documental aportada con la demanda, la que se aporta en este acto, requerimiento a la demandada para que aporte documentos, testifical de don

. Por la demandada se propuso las siguientes pruebas: la documental aportada con su contestación, interrogatorio de la actora y testifical de doña ; y por SSª tras la declaración de pertinencia e impertinencia de las pruebas propuestas por ambas partes, se acuerda señalar la fecha para la celebración del juicio.

CUARTO: Que en el día y hora señalado se celebró el juicio a los efectos de los artículos 430 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, practicándose el interrogatorio de la

demandante, las testificales de don
y doña , por los letrados de
las partes se formularon conclusiones a los efectos del
artículo 433 Ley de Enjuiciamiento Civil, por el letrado de la
actora se mantuvo en los pedimentos del suplico de la demanda,
y por el letrado de la demandada y terceros intervinientes se
ratificó en los pedimentos del suplico de su contestación, y
verificado por SSª se acordó dejar los autos para resolver.

QUINTO: Que en la tramitación de la presente litis, se han
observado las prescripciones legales aplicables y demás de
general y pertinente aplicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Que en las presentes actuaciones hemos de partir de
las pretensiones de las partes en sus respectivos escritos de
alegaciones.

Por la actora en su demanda, se alega, en síntesis, los
siguientes hechos:

1.- Mi representada, con la presente demanda, reclama a
Bankia (antes Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid) se
le indemnice por negligencia en el cumplimiento de sus
obligaciones contractuales en la comisión mercantil
consistente en la operación de intermediación para la
adquisición de los valores denominados "Part. Preferentes Caja
Madrid 2009" el 16 junio 2009 (documento 2) y 10 de agosto de
2009 (documento 3), y las "Ob. Subordinadas Caja Madrid 2010-
1" el 5 de mayo de 2010 (documento 5), en el marco de las
condiciones de prestación de servicios de inversión (documento
5) con las peticiones subsidiarias que se recogen en el
petitum. Mi mandante es cliente de Caja Madrid desde hace más
de 40 años, primero a través de sus padres, y a partir del año
1996, por motivos familiares, pasa a ser ella quien gestiona
esta cuenta de manera personal, firmando el contrato de
depósito o administración de valores en el año 1999
(documento 6), asignándole un gestor personal (documento
7). El personal de la Caja fue quien en todo momento le
asesoró sobre la gestión de su cartera, en concreto el
personal de la sucursal nº 1004 sita en la calle Monte
Igueldo de Madrid, y su gestora personal doña
contactaba con ella para hacerle
recomendaciones al vencimiento de los productos. Ante el total
desconocimiento financiero por mi representada no se
cuestionaba el quehacer de su gestora, y se limitaba a firmar
los documentos preredactados por la Caja (así documento 8 de
15-12-2011). En el año 2009 se le ofrece las participaciones
preferentes objeto de esta litis, si bien en la orden de
suscripción de 16-6-2009 aparece como orden de suscripción por
canje, y en letra pequeña canje de participaciones

preferentes Serie I por las de Serie II que recibe, de lo que se deriva que Caja Madrid colocó en el año 2004 parte de los ahorros en participaciones preferentes Serie I, si bien mi representada lo que recuerda es que le ofrecieron un producto equivalente a un depósito, con un plazo de 5 años y la posibilidad de recuperar el dinero invertido (51.000 euros) en cualquier momento. Mi representada no tiene la documentación de la adquisición en el año 2004, y de igual modo, la demandada. De todas formas, la comercialización de las participaciones preferentes tanto en el año 2004 como en el año 2009 fue defectuosa, e inadecuada para clientes de perfil conservador, es más, Caja Madrid venía comercializando las participaciones preferentes desde 1999 como si se tratase de un depósito (documento 14). De igual modo, ante el vencimiento el 10-8-2009 del Producto Bono Creciente II, un bono simple y sin riesgo con un periodo de duración de cinco años (documento 15), en el que mi cliente tenía invertidos 100.000 euros, la asesora le recomienda ampliar la inversión en el depósito que tenía suscrito con Caja Madrid, lo que en realidad supuso contratar el 10-8-2009 otros 100.000 euros de participaciones preferentes Serie II cargándose en cuenta 100.694,41 euros el día 12-8 (documentos 3 y 16). En el año 2009 Caja Madrid era consciente de la necesidad de colocar el producto y del riesgo de pérdida del nominal invertido que el mismo comportaba, sin informar del mismo a los clientes. Destacando sólo las características positivas del producto y ocultando la verdadera naturaleza del mismo (documento 20). Después de obtener la firma de la orden de suscripción (16-6-2009) la entidad recogió la firma de mi representada en un documento de disclaimer destinado a exonerar de responsabilidad a la entidad (documento 22), también recogieron su firma en el Resumen de la emisión de participaciones preferentes (documento 23) y en un test de conveniencia, predispuesto por la propia Caja, como lo prueba el que esté relleno de forma mecanografiada (documento 24). En agosto de 2009 sólo se suscribió la orden de suscripción, sin ningún tipo de información adicional. En el año 2010 Caja Madrid emite las obligaciones subordinadas Caja Madrid 2010-1, producto complejo, y la asesora de mi representada le realizó una "propuesta de inversión" (documento 26) de 5-5-2010, en la que se recoge que mi cliente tiene un perfil dinámico, lo que no se adecuaba al perfil real y se le recomendaba su compra por importe de 55.000 euros. Este documento es una recomendación personalizada que constituye la prestación de un servicio de asesoramiento a mi representada. Por lo que se suscribe la orden de compra el 5-5-2010 (documento 4). Tras la orden de compra se firmó el tríptico informativo y el documento disclaimer destinado a exonerar de responsabilidad a la Caja (documentos 27 y 28). A partir del 2012 los extractos comienzan a reflejar el valor real de los productos, muy por debajo del nominal invertido. Tras el canje obligatorio mi representada es titular de 106.564 acciones de Bankia, cuando como se deriva del documento 29 mi representada

sólo tenía invertidos 9.041,87 euros en acciones admitidas a cotización en mercados bursátiles. La decisión de invertir por parte de mi representada tanto en participaciones preferentes como en obligaciones subordinadas se enmarca en la relación de confianza (cliente-banco), con abuso por parte de Bankia de la confianza depositada y la existencia de malas prácticas por la recomendación de productos complejos y arriesgados, sin haber proporcionado información sobre la verdadera naturaleza y riesgos de los productos en los que se invertía, anteponiendo los intereses de Caja Madrid a los de mi representada.

2.- Mi representada, de 63 años de edad, es licenciada en Historia y funcionaria de profesión, en concreto, inspectora de educación, ajena por completo a los mercados financieros. Todas sus inversiones las hizo en el marco de confianza con Caja Madrid, siguiendo las recomendaciones de sus asesores de toda la vida con los que tenía, además, una buena relación personal, convencida de que conocían su perfil conservador y su querencia al ahorro. Además se encuentra protegida por la normativa especial de consumidores y usuarios, calificada como cliente minorista con un nivel de protección máximo. Caja Madrid (en la actualidad Bankia) era al mismo tiempo, de un lado asesor del cliente, y de otro, creador y vendedor de los productos que recomendaba, en un conflicto de intereses difícil de gestionar.

3.- Bankia recomendó a mi representada que invirtiera 206.000 euros en participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, y para tal fin utilizó información sesgada, destacando las bondades y ocultando los riesgos, haciendo creer que se trataban de productos semejantes a imposiciones a plazo fijo. Se trata de productos de naturaleza compleja. Bankia era consciente de los riesgos de comercializar estos productos entre los clientes minoristas de su red de sucursales en los años 2009 y 2010. El folleto informativo sólo es comprensible para alguien con estudios o experiencia financiera. El canje obligatorio por acciones de Bankia ha supuesto una importante pérdida de valor para mi representada.

4.- La responsabilidad del Banco deriva de sus violaciones flagrantes de la normativa aplicable, en especial la LMV y RD 217/2008. La responsabilidad de Bankia deriva de la intermediación, pero lo cierto es que al existir una relación de asesoramiento agrava la responsabilidad. La iniciativa siempre partió de Caja Madrid (en la actualidad Bankia), e incluso en el momento de suscribir las obligaciones subordinadas mi representada recibió una propuesta de inversión, y en el reverso se recoge "La finalidad de esta propuesta es asesorarle sobre su inversión o ahorro" y "La presente Propuesta de Inversión tiene por objeto el asesoramiento al cliente en orden a optimizar la rentabilidad financiero-fiscal de los productos incorporados en su cartera de productos, conforme a las condiciones de mercado a la fecha

de emisión de la misma", y tal asesoramiento continúa en la actualidad, así el documento 39 de 15-3-2013. Fue su asesora personal la Sra. quién recomendó la adquisición de los productos que son objeto de la presente demanda. La ley no exige ni exigía que el contrato de asesoramiento conste por escrito.

5.- Bankia no informó a mi representada de la verdadera naturaleza y riesgos de los productos contratados. En la fase precontractual recomendó los productos como simples y seguros, como si fueran imposiciones a plazo, aunque se trataba de híbridos financieros, productos complejos de alto riesgo, en una actuación dolosa, o al menos negligente, al anteponer el interés propio al interés del cliente. No se le dio información alguna sobre los documentos firmados. Déficit informativo en el periodo de oferta pública de las participaciones preferentes, pues mi representada no fue informada de la degradación del rating de la emisión producido el día antes de dar la orden de suscripción de las participaciones preferentes, el 16-6-2009, en concreto, se rebajaban a Ba2 con perspectiva negativa (documento 43) privando a mi representada de la posibilidad de revocar la orden de suscripción, ni se le informó de la degradación el 10-8-2009. De igual modo, se produjo un déficit en la información poscontractual, al no advertir del valor razonable del producto, así el informe de la CNMV (documento 44) del que se deriva que el valor de las participaciones preferentes entre junio 2010 y noviembre de 2011 fluctúa entre 53,3 y 95,2%, mientras que en los extractos recibidos por mi representada las participaciones preferentes mantuvieron su valor nominal hasta marzo de 2012; de igual modo, con relación a las obligaciones subordinadas su valor oscilaba entre un 63,5% y un 92,1%, y los extractos remitidos a mi mandante mostraban únicamente el nominal invertido.

Por la parte demandada BANKIA, en su contestación, se alegan, en síntesis, los siguientes hechos:

1.-Bankia actuó como mera intermediaria y comercializadora, limitándose a la recepción y transmisión de la orden de suscripción del instrumento financiero objeto de las presentes actuaciones. La parte demandante conocía el producto litigioso, su naturaleza, características, así como los riesgos inherentes a la inversión. Bankia cumplió con todas las obligaciones que se derivan de su condición de intermediaria.

2.- Se ha de estar a la naturaleza y características de las participaciones preferentes, con importantes similitudes con una acción o participación social, si bien poseen asimismo importantes diferencias. Las obligaciones subordinadas se trata de un instrumento de renta fija a través del cual se reconoce una deuda para la entidad, en general con fecha de

vencimiento definido, es un producto que cotiza en el mercado secundario de renta fija y los tenedores de estos bonos pueden venderlos en cualquier momento.

3.- Entre la actora y mi mandante no se ha firmado ningún contrato de asesoramiento o gestión de cartera, sino simple y llanamente un contrato de depósito y administración de valores (documento 3), en el que no se incluye el deber de asesoramiento, aunque la LMV impone el deber de información no puede confundirse con una obligación de asesoramiento (art. 63.1.g) LMV y 5.1 g RD 217/2008). En la suscripción de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas mi representada se limitó a recibir, transmitir y ejecutar la orden del cliente, informándole previamente de sus características fundamentales (art. 63.1. a, b y e LMV), no siendo en ningún caso la entidad emisora de las participaciones preferentes ni de las obligaciones y tampoco la transmitente o vendedora de los títulos. Mi representada, aunque no hubiera un contrato de asesoramiento en materia de inversión, prestó un servicio de asesoramiento puntual a la actora. Se ha de distinguir entre el asesoramiento recurrente y el asesoramiento puntual o venta asesorada, éste último es el que se prestó como se deriva de la "Ficha Perfil del Inversor", la "Propuesta de Inversión" y el "Resumen cuestionario". La actora recibió la información precontractual pues en el resguardo de la operación el cliente manifiesta haber recibido la información pre-contractual específica de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas (documento 4), "Información de las condiciones de prestación de servicios de inversión"(documento 5), Información precontractual "Instrumento financiero/servicio de inversión: P.Prefcaja Madrid 09" (documento 6), Información precontractual "Instrumento Financiero/servicio de inversión: OB. SUB. CAJA MADRID 2010" (documento 7), Resumen de la emisión de participaciones preferentes Serie II. Caja Madrid Finance Preferred S.A" (documento 8), resumen de la Emisión de Obligaciones Subordinadas 2010-1 de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (documento 9), Test de conveniencia P.Preferentes 2009 (documento 10), propuesta de inversión (documento 11) y "resumen cuestionario" para las OBLIGACIONES SUBORDINADAS (documento 12); de estos documentos, todos ellos suscritos por la actora, se deriva que la misma fue informada de las características de los productos que contrataba y de los riesgos que asumía. Se trata de una información exhaustiva y, al mismo tiempo, fácilmente comprensible. La parte actora orientaba sus inversiones con un criterio de maximización del beneficio. La adquisición de participaciones preferentes estaba motivada por la obtención de un alto interés asumiendo la existencia del riesgo característico de estos productos financieros.

4.- La demandante ha estado percibiendo los cupones o, si se prefiere intereses, correspondientes a las participaciones

preferentes desde su suscripción sin manifestar queja o desacuerdo alguno, lo que viene a acreditar el conocimiento y conformidad de la parte demandante con los productos adquiridos, no pudiendo invocar una posible actuación negligente cuando la inversión realizada ya no es rentable. Aceptar otra cosa chocaría frontalmente contra el principio general del Derecho que veda ir contra los actos propios. La actora ha cobrado unos intereses totales de 30.532,89 euros por las participaciones preferentes y 6.886,31 euros por las obligaciones subordinadas (documento 14).

5.- Ausencia de conexión entre los hechos alegados en la demanda y el objeto de las actuaciones.

SEGUNDO: De conformidad a los planteamientos de las partes, que de manera sucinta hemos reseñado en el anterior fundamento, una vez que fueron resueltas las excepciones procesales, hemos de comenzar por establecer la naturaleza y regulación de las denominadas participaciones preferentes.

Las participaciones preferentes se encuentran reguladas a través de la disposición adicional segunda de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, introducida en ésta por la Ley 19/2003, de 4 de julio, modificada por el art. 1.10 de la Ley 6/2011, de 11 de abril (BOE de 12 de abril), por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, en función, especialmente, de determinar las condiciones para admitir como recursos propios de las entidades de crédito a los que denomina instrumentos de capital híbridos, entre los que se incluyen las participaciones preferentes.

La normativa ha sido parcialmente modificada por el Real Decreto-Ley 24/2.012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (intervenidas) (BOE 31/08/2.012).

De conformidad artículo 7.1 Ley 13/1985: "A los efectos del presente Título, los recursos propios de las entidades de crédito y de los grupos consolidables de entidades de crédito comprenden: ...Las participaciones preferentes."

Lo que se desarrolla en la ya indicada Disposición Adicional 2ª de la misma Ley, al establecer los requisitos para la computabilidad de las participaciones preferentes como recursos propios y régimen fiscal aplicable a las mismas así como a determinados instrumentos de deuda.

Si nos centramos en los requisitos, obviando el régimen fiscal, podemos sintetizarlos en los siguientes:

a) Ser emitidas por una entidad de crédito española o por una sociedad anónima residente en España o en un territorio de la Unión Europea, que no tenga la condición de paraíso fiscal, y cuyos derechos de voto correspondan en su totalidad directa o indirectamente a una entidad de crédito española y cuya actividad u objeto exclusivos sea la emisión de participaciones preferentes.

b) En los supuestos de emisiones realizadas por una sociedad filial del apartado anterior, 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 los apartados siguientes.

c) Las condiciones de la emisión fijarán la remuneración que tendrán derecho a percibir los tenedores de las participaciones preferentes, si bien:

-El consejo de administración, u órgano equivalente, de la entidad de crédito emisora o matriz podrá cancelar, discrecionalmente, cuando lo considere necesario, el pago de la remuneración durante un período ilimitado, sin efecto acumulativo.

- Se deberá cancelar dicho pago si la entidad de crédito emisora o matriz, o su grupo o subgrupo consolidable, no cumplen con los requerimientos de recursos propios establecidos en el apartado 1 del artículo sexto.

En todo caso, el pago de esta remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles en la entidad de crédito emisora o dominante.

El Banco de España podrá exigir la cancelación del pago de la remuneración basándose en la situación financiera y de solvencia de la entidad de crédito emisora o matriz, o en la de su grupo o subgrupo consolidable.

La cancelación del pago de la remuneración acordada por el emisor o exigida por el Banco de España no se considerarán obligaciones a los efectos de determinar el estado de insolvencia del deudor o de sobreseimiento en el pago de sus obligaciones, de acuerdo con lo previsto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

No obstante, el pago de la remuneración podrá ser sustituido, si así lo establecen las condiciones de la emisión, y con las limitaciones que se establezcan reglamentariamente, por la entrega de acciones ordinarias, cuotas participativas o

aportaciones al capital de las cooperativas de crédito, de la entidad de crédito emisora o matriz.

d) No otorgar a sus titulares derechos políticos, salvo en los supuestos excepcionales que se establezcan en las respectivas condiciones de emisión.

e) No otorgar derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones.

f) Tener carácter perpetuo, aunque el emisor podrá acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España, que sólo la concederá si no se ve afectada la situación financiera ni la solvencia de la entidad de crédito, o de su grupo o subgrupo consolidable. A estos efectos, el Banco de España podrá condicionar su autorización a que la entidad sustituya las participaciones preferentes amortizadas por elementos de capital computables de igual o superior calidad.

g) Cotizar en mercados secundarios organizados.

h) En los supuestos de liquidación o disolución, u otros que den lugar a la aplicación de las prioridades contempladas en el Código de Comercio, de la entidad de crédito emisora o de la dominante, las participaciones preferentes darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha, que no hubiera sido objeto de cancelación de acuerdo con la letra c) anterior, y se situarán, a efectos del orden de prelación de créditos, inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuotapartícipes.

i) En los supuestos en los que la entidad emisora o matriz, o su grupo o subgrupo consolidable, presente pérdidas contables significativas o una caída relevante en las ratios indicadoras del cumplimiento de los requerimientos de recursos propios, las condiciones de emisión de las participaciones preferentes deberán establecer un mecanismo que asegure la participación de sus tenedores en la absorción de las pérdidas corrientes o futuras, y que no menoscabe eventuales procesos de recapitalización, ya sea mediante la conversión de las participaciones en acciones ordinarias, cuotas participativas o aportaciones al capital de las cooperativas de crédito, de la entidad de crédito emisora o matriz, ya mediante la reducción de su valor nominal. Reglamentariamente se precisarán los supuestos desencadenantes de tales mecanismos y las condiciones específicas de los mismos.

j) En el momento de realizar una emisión, el importe nominal en circulación no podrá ser superior al 30 por ciento de los recursos propios básicos del grupo o subgrupo consolidable al que pertenece la entidad dominante de la filial emisora, incluido el importe de la propia emisión, sin perjuicio de las limitaciones adicionales que puedan establecerse a efectos de solvencia. Si dicho porcentaje se sobrepasara una vez realizada la emisión, la entidad de crédito deberá presentar ante el Banco de España para su autorización un plan para retornar al cumplimiento de dicho porcentaje. El Banco de España podrá modificar el indicado porcentaje, si bien no podrá ser nunca mayor del 35 por ciento.

No incluimos los apartados k y l, pues los mismos han sido introducidos por la disposición final primera de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito («B.O.E.» 15 noviembre).

TERCERO: De la regulación legal aplicable a las participaciones preferentes, y de conformidad a la doctrina, hemos de derivar las notas características de las mismas:

1.- Rentabilidad

La rentabilidad de la participación preferente está condicionada legalmente a los resultados económicos de la entidad de crédito emisora conforme a lo previsto en la disposición adicional 2ª de la Ley 13/1985, de 25 de mayo al establecer que las condiciones de la emisión fijarán la remuneración que tendrán derecho a percibir los tenedores de las participaciones preferentes, si bien:

a) El consejo de administración, u órgano equivalente, de la entidad de crédito emisora o matriz podrá cancelar, discrecionalmente, cuando lo considere necesario, el pago de la remuneración durante un período ilimitado, sin efecto acumulativo.

b) Se deberá cancelar dicho pago si la entidad de crédito emisora o matriz, o su grupo o subgrupo consolidable, no cumplen con los requerimientos de recursos propios establecidos en el apartado 1 del artículo 6.

En todo caso, el pago de esta remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles en la entidad de crédito emisora o dominante. El Banco de España podrá exigir la cancelación del pago de la remuneración basándose en la situación financiera y de solvencia de la entidad de crédito emisora o matriz, o en la de su grupo o subgrupo consolidable. La cancelación del pago de la remuneración acordada por el emisor o exigida por el Banco de España no se considerarán obligaciones a los efectos de

determinar el estado de insolvencia del deudor o de sobreseimiento en el pago de sus obligaciones, de acuerdo con lo previsto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. No obstante, el pago de la remuneración podrá ser sustituido, si así lo establecen las condiciones de la emisión, y con las limitaciones que se establezcan reglamentariamente, por la entrega de acciones ordinarias, cuotas participativas o aportaciones al capital de las cooperativas de crédito, de la entidad de crédito emisora o matriz.

En consecuencia, la participación preferente goza de un especial régimen o sistema de rentabilidad, por lo que viene condiciona legalmente a los resultados económicos de la entidad de crédito emisora o de los del grupo en el que ésta se integre y, que tras la reforma de la Disposición Adicional 2ª de la Ley 13/1985, en la Ley 6/2011, puede además depender de la decisión del órgano de administración de ésta.

La participación preferente tampoco confiere derecho de participación en las ganancias repartibles del emisor ni participa de la revalorización del patrimonio de éste, aunque sí participa en sus pérdidas, por lo que puede darse la paradoja de que el inversor en participaciones preferentes, habiendo asumido un riesgo equiparable al de los accionistas de la entidad de crédito emisora, tenga menor derecho de participación en el beneficio repartido a éstos, ya que lo más habitual es que el rendimiento reportado por la participación preferente consista en la modalidad de "interés" fijo pero devengable bajo las condiciones expuestas. Con base a la reforma producida con la Ley 6/2011, como ya hemos señalado, podría también producirse la situación de que los accionistas de la entidad de crédito emisora tuvieran derecho al pago de dividendo mientras que los titulares de participaciones preferentes no recibieran su rendimiento o interés en función de una decisión del órgano de administración.

2.- Vencimiento

La participación preferente no atribuye derecho a la restitución de su valor nominal. Es un valor potencialmente perpetuo o sin vencimiento ya que la DA 2ª de la Ley 13/1985, de 25 de mayo (número 1) establece, de forma imperativa, que "los recursos obtenidos deberán estar invertidos en su totalidad,..., 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" y a su vez "Tener carácter perpetuo, aunque el emisor podrá acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España, que sólo la concederá si no se ve afectada la situación financiera ni la solvencia de la entidad de crédito, o de su grupo o

- subgrupo consolidable. A estos efectos, el Banco de España podrá condicionar su autorización a que la entidad sustituya
- las participaciones preferentes amortizadas por elementos de capital computables de igual o superior calidad".

En consecuencia, y a diferencia de otras posiciones jurídicas (como las del depositante de dinero o del obligacionista ordinario), la participación preferente no atribuye derecho de crédito contra la entidad de crédito emisora por el que su titular quede facultado para exigir a ésta la restitución del valor nominal invertido en ella bajo determinadas circunstancias de tiempo o vencimiento.

3.- Liquidez

La liquidez de la participación preferente sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que ésta cotice. Este hecho -que el medio exclusivo de recuperación del nominal de la participación preferente sea su venta en un mercado secundario de valores- determina que el dinero invertido en ella deviene prácticamente irrecuperable ante los hechos que, legalmente, determinan la desactivación de su sistema de rentabilidad, es decir, que el pago de la misma acarree que la entidad de crédito dejase de cumplir sus obligaciones en materia de recursos propios o porque no haya obtenido beneficios ni disponga de reservas repartibles; o tras la Ley 6/2011, porque así lo decida el órgano de administración de la entidad de crédito.

Asimismo, la desactivación del sistema de rentabilidad de la participación preferente y el consiguiente impago de la misma es signo de crisis de la entidad de crédito «deudora» cuyo efecto correlativo en los "per se" miedosos mercados de valores, es la desaparición de la liquidez de la inversión y la pérdida de su seguridad o posibilidad real de recuperar el dinero invertido. En otros términos: el único incentivo del mercado secundario de participaciones preferentes consiste en el pago regular de sus intereses o sistema de rentabilidad; por tanto, su desactivación elimina la rentabilidad y la liquidez de la inversión así como su seguridad. La participación preferente deja de ser un valor para convertirse en instrumento de inversión de máximo riesgo carente de liquidez, rentabilidad y seguridad.

Por ello, la calificación legal de la participación preferente como instrumento de deuda es incorrecta y también engañosa, aspecto no exento de relevancia ante su colocación entre clientes minoristas ex artículo 78 bis LMV.

4.- Seguridad



El nivel de seguridad en la recuperación de la inversión que ofrece la participación preferente es equiparable al que deparan las acciones. Al igual que sucede con éstas, el único supuesto en el que podría nacer un derecho al pago del valor nominal de la participación preferente sería el de la liquidación de la entidad de crédito emisora (y también de la sociedad dominante de ésta). Pero se establece que el orden de prelación del crédito que en tal caso la participación preferente llegase a atribuir se sitúa legalmente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la entidad dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito en la que ésta se integre. Esto significa que en caso de liquidación de la entidad de crédito emisora (o de su sociedad dominante) la recuperación del dinero invertido en participaciones preferentes exige el previo y completo pago de la totalidad de los créditos de los acreedores de ésta y, acaso, también de los del grupo en el que la misma se integra.

Ello conlleva que la participación preferente es un valor de riesgo equiparable a las acciones o, en su caso, al de las cuotas participativas de cajas de ahorros o de las aportaciones de los socios de las cooperativas de crédito. Por tanto, el riesgo que asume el inversor en participaciones preferentes es el mismo que el de los accionistas, pero con la siguiente particularidad no exenta de interés, relativa a que los accionistas son titulares de derechos de control sobre el riesgo que soportan, derechos de los que carece el inversor en participaciones preferentes, ya que a éste no se le reconoce derecho alguno de participación en los órganos sociales de la entidad de crédito emisora. Conviene también observar que los accionistas participan de forma directa en la revalorización del patrimonio social del emisor en proporción al valor nominal de sus acciones; en cambio, ante tal eventualidad favorable, el valor nominal de la participación preferente permanece inalterable mientras que, por el contrario, sí cabe su reducción en caso de pérdidas del emisor.

En definitiva, el nivel de riesgo de la inversión en participaciones preferentes es mayor que el deparado por las acciones ordinarias como arquetipo del valor de riesgo. Mayor porque, a diferencia de las acciones ordinarias, la participación preferente es un valor de capital cautivo al estar legalmente desprovisto de cualquier derecho de participación en los órganos sociales de la entidad emisora que permitiese a su titular participar en el control del riesgo asumido; también carece ex lege de derecho de suscripción preferente respecto de futuras emisiones tanto de acciones como de nuevas participaciones preferentes, por lo que no genera rendimientos en forma de venta de derechos de suscripción.

De estas notas se de ha de derivar que se trata de un producto complejo, que requiere conocimientos técnicos más allá de los que pueda tener un inversor minorista, y una detallada información, como se desarrollará más adelante. Lo que ha tenido su reflejo en diversas resoluciones de las Audiencias Provinciales, así SAP Illes Balears, Sección 3.ª, de 16 de febrero de 2012 "cabe tener en cuenta que las participaciones preferentes constituyen un producto complejo de difícil seguimiento de su rentabilidad y que cotiza en el mercado secundario, lo que implica para el cliente mayores dificultades para conocer el resultado de su inversión y para proceder a su venta, y, correlativamente, incrementa la obligación exigible al banco sobre las vicisitudes que puedan rodear la inversión, entre ellos, los rumores sobre la solvencia del emisor. La Comisión Nacional del Mercado de Valores ha indicado sobre este producto que «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 PPR 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...", Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª, Sentencia de 26 Octubre 2012, recurso 423/2012 "La Comisión Nacional de Valores ha calificado a las participaciones preferentes como unos 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. Dicho producto no cotiza en Bolsa negociándose en un mercado organizado, siendo su liquidez limitada, por lo que no es fácil deshacer la inversión. Se trata, por tanto, como se indica en la sentencia recurrida, de un producto complejo, confuso y de difícil comprensión, que exige de la entidad bancaria una completa y detallada información".

CUARTO: Respecto a la naturaleza y regulación de las denominadas obligaciones subordinadas, hemos de realizar las siguientes precisiones.

Las obligaciones subordinadas se encuentran reguladas en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, y como señala en su Exposición de Motivos "Como novedades destacables, la Ley introduce entre los posibles recursos propios de la figura de las obligaciones subrogadas, préstamos participativos o similares. Sin perjuicio de su uso por otras Entidades, esta figura puede ser muy útil en el saneamiento de aquellas que por su naturaleza

jurídica no pueden emitir capital -Cajas de Ahorro- o experimentar dificultades y limitaciones para hacerlo - Cooperativas de Crédito-. El otro aspecto importante que la Ley regula es el de la deficiencia de los recursos propios como consecuencia de operaciones del grupo financiero -tales como autocartera a través de instrumentales o filiales, participaciones cruzadas, financiación de la Sociedad a los accionistas y otras diversas formas de enmascarar la situación real de estas Entidades-. Para atacar esos problemas de insuficiencia del capital, se establece la obligación de presentar cuentas consolidadas de las Entidades de depósito y financieras entre las que se establezcan relaciones de dominio. En la definición de las Entidades a consolidar, la Ley se inspira en la normativa de la VII Directiva de la Comunidad Económica Europea", y en su artículo 7.1 "A los efectos del presente Título, los recursos propios de las entidades de crédito y de los grupos consolidables de entidades de crédito comprenden: ... Las financiaciones subordinadas".

En cuanto a la doctrina, hemos de traer a colación la Sentencia Audiencia Provincial de Asturias Sección 5ª 15 de marzo 2013 recurso 65/2013 "las obligaciones subordinadas , como pone de relieve autorizada doctrina -Tapia Hermida-, constituyen una mutación o alteración del régimen de prelación común a las obligaciones, que obedece al exclusivo propósito de fortalecer los recursos propios de las entidades de crédito y muy especialmente de las Cajas de Ahorros, caracterizándose porque en caso de quiebra o liquidación de la entidad de crédito tales obligaciones-préstamos ocupan un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsarán hasta que se hayan pagado todas las demás deudas vigentes en ese momento, constituyendo uno de sus requisitos el que dichos fondos deben tener un vencimiento inicial de al menos 5 años, tras dicho período podrán ser objeto de reembolso, así como que las autoridades competentes podrán autorizar el reembolso anticipado de tales fondos siempre que la solicitud proceda del emisor y la solvencia de la entidad de crédito no se vea afectada por ello. La idea fundamental desde el punto de vista jurídico reside, como señala el profesor Sánchez Calero, "en que la entidad de crédito prestataria y el adquirente inversor prestamista pactan, entre otras condiciones, que tales préstamos ocupen un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsen hasta que se hayan pagado todas las demás deudas vigentes en ese momento" y es por ello, como señala la doctrina, por lo que la computabilidad como fondos propios no reside tanto en la titularidad de los recursos captados ni en su funcionalidad, cuanto fundamentalmente en su inexigibilidad. La regulación de estas obligaciones la encontramos en la Ley 13/85. En este producto se pacta no ya que el crédito carece de privilegio alguno, sino que ni siquiera alcanza el estatus de crédito ordinario, se produce,

como señala el profesor Sánchez Calero, un desplazamiento del crédito, de forma que el principio de la par conditio creditorum sufre en este caso una excepción contraria a la de los acreedores privilegiados, estamos ante una excepción "en menos" inversa a la de los privilegios, que altera el régimen común de prelación y que sitúa a las obligaciones subordinadas tras los acreedores comunes del derecho civil citados en el sexto lugar del orden establecido en el artículo 913 Código Comercio. El precio de la postergación lo constituye el devengo de los intereses más altos que la media del mercado de renta fija privada, de modo que a menor seguridad de tales obligaciones debido a su carácter subordinado debe incrementarse la rentabilidad de las mismas".

De estas notas se de ha de derivar que se trata de un producto complejo, que requiere conocimientos técnicos más allá de los que pueda tener un inversor minorista, y una detallada información, como se desarrollará más adelante.

QUINTO: Conforme al régimen legal aplicable y características tanto de las participaciones preferentes como de las obligaciones subordinadas, hemos de derivar que nos encontramos ante contratos complejos, y por ende, el deber de información del Banco con relación al cliente ha de reforzarse.

A este respecto, el artículo 79 bis 8.a) LMV (conforme a la Ley 47/2007) considera valores no complejos a dos categorías de valores. En primer lugar, a los valores típicamente desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas como valores ordinarios cuyo riesgo es de «general conocimiento. Así, la norma considera no complejos de forma explícita a las: (i) acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; (ii) a los instrumentos del mercado monetario; (iii) a las obligaciones u otras formas de deuda titulizada, salvo que incorporen un derivado implícito; y (iv) a las participaciones en instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo. En segundo lugar, como categoría genérica, el referido precepto considera valores no complejos a aquellos en los que concurren las siguientes tres condiciones: (i) Que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor; (ii) que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento; (iii) que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

Por consiguientes, tanto las participaciones preferentes como las obligaciones subordinadas han de calificarse como valores complejos porque no aparecen en la lista legal explícita de valores no complejos y porque no cumplen ninguno de los tres referidos requisitos. La consecuencia jurídica de ello es la prevista por el propio artículo 79 bis LMV, especialmente en sus apartados 6 y 7 (en la redacción en el momento de suscribir las órdenes de compra), aplicable ante actos de asesoramiento o de prestación de otros servicios sobre ellas a favor de clientes minoristas. La empresa de servicios de inversión -entre las que se incluyen las entidades de crédito- que asesore, coloque, comercialice o preste cualquier clase de servicio de inversión sobre tales valores complejos debe cumplir las siguientes obligaciones:

a) Obligación de obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate, sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquél, con la finalidad de poder recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan.

b) Deber de abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente minorista cuando la entidad no obtenga la referida información.

c) Deber de solicitar al cliente minorista información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

d) Obligación de advertir al cliente que el instrumento financiero no es adecuado para él si, sobre la base de esa información, la entidad así lo considera.

e) En caso de que el cliente no proporcione la información requerida o ésta sea insuficiente, la entidad tiene el deber de advertirle de que ello le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Por último, hemos de tener en cuenta que las obligaciones de información se acrecientan cuando en la posición de adquirente de productos de inversión se encuentra un particular o un pequeño inversor con escasos conocimientos económico-financieros, respecto de los que la Ley 1/2007 de Consumidores y Usuarios pretende reforzar al máximo su protección, señalando específicos deberes de información de los

empresarios para con los consumidores tanto en fase contractual como precontractual (así artículos 8 y 60 entre otros); máxime respecto de contratos de adhesión, como el que nos ocupa, en el que el consumidor contratante simplemente estampa su firma en un documento, sometiéndose a un clausulado unilateralmente creado por la entidad demandada, que en muchos casos le resulta difícil de comprender en atención a su formación.

SEXTO: En primer lugar, se ejercita en la demanda, como acción principal, el incumplimiento por la demandada de sus obligaciones contractuales respecto de las órdenes de compra de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, por entender que se incumplieron las obligaciones contractuales que incluían los servicios de intermediación asesorada en materia de inversiones, mientras que por la demandada se alega que no existe contrato de asesoramiento, de acuerdo con el contrato de depósito y administración suscrito por ambas partes.

Pues bien, si analizamos la prueba practicada, y en particular, la testifical del empleado de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (en la actualidad Bankia) don , como gestor de Banca Privada, y asesor de la actora durante más de 30 años y hasta mayo de 2009, hemos de concluir que fue el citado empleado el que le ofreció y aconsejó a doña el producto de las participaciones preferentes en el año 2004, y es más, como se deriva de su testimonio, le aconsejó este producto como un producto de renta fija no complejo, producto garantizado por Caja Madrid, y a su vez seguro, siendo la mayoría de las inversiones de en renta fija.

Lo que ha de entenderse también se produjo en junio de 2009 (documento 2 de la demanda) y agosto de 2009 (documento 3 de la demanda), siempre y cuando como se deriva de la orden de 16 de junio 2009 se trata del canje de las participaciones preferentes de 2004 (suscritas por el consejo de don), y a su vez, por cuanto la testigo , también empleada de Caja Madrid, y quien ha llevado las relaciones cliente-banco respecto de a partir de mayo de 2009, aunque manifiesta que no recuerda la suscripción de las participaciones preferentes de , tal afirmación se contradice con el documento 8 de la demanda, del que se deriva la existencia de correos electrónicos entre la testigo y , y se ha de tener en cuenta que la testigo, a su vez, reconoce que ofrecía las participaciones preferentes como un buen producto y con la garantía de Caja Madrid.

Y si partimos de estas pruebas, difícilmente puede sostenerse que se estuviese ante una mera labor de

comercialización, existiendo verdadera recomendación o asesoramiento individualizado.

En efecto, el artículo 63.1.g) de la Ley de Mercado de Valores determina que se entiende por asesoramiento en materia de inversión "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros", sin que se considere como tal "las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros, que tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial", de lo cual se deduce que el consejo personal del empleado de Caja Madrid don [redacted] a la actora, para la adquisición de las participaciones preferentes de 2004, y en consecuencia, para las posteriores que son objeto de las presentes actuaciones, no cabe sino considerarlo como "recomendación personalizada", y por consiguiente asesoramiento a los efectos del artículo 6.1 g), por lo que la entidad demandada prestaría un servicio activo que excedería del simple contrato de depósito y administración de valores, lo que supone una clara discordancia entre lo contratado y el servicio realmente prestado, de modo que la demandante podía razonablemente creer que la entidad bancaria la asesoraba adecuadamente sobre el producto adquirido para obtener el mayor rendimiento posible en cada momento, teniendo en cuenta los riesgos. La existencia de tal asesoramiento también se infiere del que (de manera expresa) se efectuó en mayo de 2010 respecto de las obligaciones subordinadas.

Al encontrarnos ante un asesoramiento o recomendación personalizada por parte de la entidad financiera al cliente, es de aplicación el artículo 79bis.6 LMV que establece "cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversión o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquél, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan; cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente; en el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente", y, desarrollando ese precepto, y el artículo 72 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero, sobre evaluación de la idoneidad, que señala que "a los efectos de lo dispuesto en el artículo 79bis 6 de la Ley 24/1988, de 28 de julio (en la redacción dada por la Ley 47/2007) , las entidades que presten el servicio de

- asesoramiento en materia de inversión o de gestión de carteras deberán obtener de sus clientes, incluidos los potenciales, 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, o que debe realizarse al prestar el servicio de gestión de cartera, cumple las siguientes condiciones: a) responde a los objetivos de inversión del cliente en cuestión; en este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión; b) es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión; ...; asimismo, la información relativa a la situación financiera del cliente incluirá, cuando proceda, información sobre el origen y el nivel de sus ingresos periódicos, sus activos, incluyendo sus activos líquidos, inversión y bienes inmuebles, así como sus compromisos financieros periódicos; c) es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción o la gestión de su cartera; ...; cuando la entidad no obtenga la información señalada en las letras anteriores, no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente ni gestionar su cartera".

Esta labor de indagación no consta realizada, al haberse obviado (respecto de las participaciones preferentes) el imprescindible test de idoneidad, y no un mero test de conveniencia con preguntas y respuestas estereotipadas, como con posterioridad analizaremos, máxime cuando los dos testigos (don [redacted] y [redacted]) empleados de Caja Madrid, en la actualidad Bankia, manifiestan que [redacted] tenía la mayoría de los productos a plazo fijo y seguros, y como manifiesta don [redacted] su perfil era totalmente conservador, y se ha de tener en cuenta la complejidad de las participaciones preferentes, conforme a lo establecido en los fundamentos de derecho segundo y tercero.

A su vez, se ha de tener en cuenta que la información que le dio no fue acorde con la realidad en el momento de suscribir las participaciones preferentes, por cuanto se le entrega a la actora el resumen de la emisión de mayo de 2009 (documento 23 de la demanda), empero, no se le comunica el hecho relevante de junio del 2009, en cuanto a la rebaja del rating (documento 42 de la demanda), y la testigo doña [redacted] reconoce que no se informaba a los clientes del rating.

De igual modo, se ha de apreciar un conflicto de intereses a los efectos de los artículos 70quáter.2 de la LMV y 45.3 del RD 218/2008.

Si en relación a las participaciones preferentes hemos llegado a la conclusión de existir un asesoramiento, con mayor razón respecto de la suscripción de las obligaciones subordinadas, en los que se efectuó una propuesta de inversión personalizada, al señalarse "La finalidad de esta propuesta es asesorarle sobre su inversión o ahorro" y "La presente Propuesta de Inversión tiene por objeto el asesoramiento al cliente en orden a optimizar la rentabilidad financiero-fiscal de los productos incorporados en su cartera de productos, conforme a las condiciones de mercado a la fecha de emisión de la misma" (documento 26 de la demanda), que es totalmente opuesta al perfil inversor de doña , como se deriva de las testificales ya analizadas.

No consta a partir de la suscripción de las órdenes de compra se informara a la actora del valor real de las participaciones preferentes como de las obligaciones subordinadas, cuando la pérdida de su valor se deriva del documento 44 de la demanda (Informe CNMV de 13-2-2013).

Se ha de tener en cuenta que de conformidad a la Resolución del FROB de 16-4-2013 la pérdida de los valores es evidente, además de las oscilaciones del valor de las acciones de Bankia, pues el inversor tiene la obligación de reinvertir el importe de la recompra en las indicadas acciones.

Incumplimientos de asesoramiento, con la consiguiente pérdida, que conlleva la correspondiente indemnización, como se corrobora por la STS 18 abril 2013 recurso 1979/2011.

SÉPTIMO: Las conclusiones del anterior fundamento no pueden quedar desvirtuadas porque la actora tuviera suficientes conocimientos para entender todas las variables y complejidad de las participaciones preferentes, pues respecto al perfil de la actora, de las pruebas practicadas no podemos derivar que posea conocimientos financieros especiales, ni, en concreto, respecto a los mercados bursátiles, menos aún en cuanto a la complejidad de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas objeto de las actuaciones, con las características enunciadas en los fundamentos de derecho segundo, tercero y cuarto de la presente resolución.

Los estudios de la actora (Filosofía y Letras. Catedrática de Historia, o su trabajo como inspectora de educación) ninguna relación tienen con los conocimientos necesarios para contratar los valores objeto de las presentes actuaciones.

De los documentos que integran el documento 14 de la demanda no se deriva la existencia de productos financieros complejos

en los años 2009 y 2010, excepción hecha de la tenencia de acciones de Telefónica, o incluso aunque tuviéramos en cuenta los distintos valores que se relacionan en el documento 29 de la demanda (extracto de marzo del 2013). A tal efecto, la SAP Madrid Sección 10ª 26 de junio 2012 recurso 158/2012 "La circunstancia de que el actor hubiera adquirido, con anterioridad, otros productos bancarios e intervenido en diversas operaciones, como la compra de acciones en bolsa, así como el hecho que tenga una cierta formación, al ser graduado social, no supone que tenga un manejo y conocimiento suficiente del mercado bancario y financiero como para llegar a la conclusión de que estaba adquiriendo participaciones preferentes y el tipo de riesgo que ello conllevaba, teniendo en cuenta la oscuridad y confusión que genera el contrato aportado con la demanda, oscuridad que por otra parte nunca puede favorecer a quien hubiese ocasionado la oscuridad" .

De igual modo, no puede derivarse que la actora conocía las especiales características de las participaciones preferentes por tratarse las de junio de 2009 de un canje de las anteriores, las suscritas en el año 2004, siempre y cuando, como hemos reseñado en el anterior fundamento, la suscripción de participaciones preferentes en el año 2004 lo fue por el asesoramiento y a iniciativa del empleado de Caja Madrid don , que se las recomendó al tratarse de un producto de renta fija no complejo y respaldado por Caja Madrid.

El que por la actora hubiera invertido en el 2004 en participaciones preferentes (a instancia y por el asesoramiento del empleado de Caja Madrid), en contra de lo que se pretende por la demandada, no puede significar necesariamente que conociese su naturaleza, su comportamiento en los mercados y sus riesgos, ni la convertía necesariamente en inversora experta, sino, a lo sumo, en inversora confiada en el asesoramiento efectuado, y en los resultados obtenidos. Al respecto hemos de traer a colación SAP Castellón Sección 3ª 26 de octubre del 2012 recurso 423/2012 "debe coincidir con los razonamientos de la sentencia recurrida en cuanto que el hecho de haber adquirido el hijo de la actora unas participaciones preferentes de la citada entidad no significa que necesariamente conociera la naturaleza de dicho producto, ni su comportamiento, ni el alto riesgo que ello representaba, dado el resultado satisfactorio de dicha operación anteriormente contratada, por lo que en el momento de adquirir las participaciones a la entidad demandada desconocía el riesgo real de dicha operación".

OCTAVO: Con los presupuestos establecidos en los anteriores fundamentos, a su vez, hemos de examinar la información que la demandada dio a la actora en la adquisición de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas.

En primer lugar, en cuanto a las participaciones preferentes, respecto de la información dada a la actora a través de los empleados de Caja Madrid (en la actualidad Bankia), la misma fue totalmente contraria a la naturaleza y características de las mismas, pues se le ofrecieron como productos seguros y garantizados (como hemos reseñado en los fundamentos de derecho anteriores respecto de las testificales practicadas en el acto del juicio) cuando no lo eran, e incluso sin que a la actora se le informara sobre los cambios en el rating de la garante de las participaciones preferentes con posterioridad a mayo de 2009.

En cuanto a la información documental, respecto de las participaciones preferentes los documentos 2 y 3 de la demanda se refieren a las órdenes de compra de valores, en el que se indica la fecha de recepción (16 junio y 10 de agosto de 2009) los títulos, su nominal, descripción del valor (Particip. Preferentes Caja Madrid 2009), así como quién los suscribe y con la firma de doña Pilar.

El 16 de junio 2009 se suscribe el siguiente documento "Instrumento financiero/Servicio de inversión: P. PREFCAJA MADRID 09. D. _____, con DNI/NIF _____, o en su caso, el representante legal, debidamente acreditado, manifiesta que ha sido informado que el instrumento financiero referenciado presenta un riesgo elevado. En particular, de la posibilidad de incurrir en pérdidas en el nominal invertido y de que no existe garantía de negociación rápida y fluida en el mercado en el caso de que decida vender el instrumento financiero referenciado. Asimismo, se le ha informado de que el pago de la remuneración está condicionado a la obtención de beneficios distribuibles por parte del emisor o su grupo. Y que si en un momento determinado no se pagara remuneración, ésta no se sumará a los cupones de los periodos posteriores. El cliente también ha sido informado de que el calificativo "preferente" no significa que sus titulares tengan la condición de acreedores privilegiados, pues en el orden de recuperación de créditos se sitúan únicamente por delante de las acciones ordinarias" (documento 22)

En cuanto al test de conveniencia, suscrito en la misma fecha por doña _____ se hace referencia a "TEST DE CONVENIENCIA RENTA FIJA PARTICIPACIONES PREFERENTES" "Test de conveniencia para el producto P.PREF. CAJA MADRID 09" (documento 24 de la demanda) en el mismo se contienen 4 preguntas relativas a "los conocimientos sobre la variedad de productos y funcionamiento de los mercados financieros" y figura una "X" en el apartado c) "Conozco el funcionamiento general de los mercados financieros", sobre "la naturaleza y características operativas de los activos de renta fija" y figura una "X" en el apartado c) "Conozco los aspectos necesarios", sobre los conocimientos y entendimiento "de las

variables que intervienen en la evolución del producto como son" "la naturaleza de las Deuda Perpetua o Participaciones Preferentes" "El comportamiento de la renta fija y las inversiones de bajo riesgo del entorno Euro" y figura una "X" en el apartado c) "Conozco el funcionamiento general de estas variables", y por último "Ha realizado inversiones en los dos últimos años en emisiones de renta fija" y figura una "X" en el apartado c) "Si, en los últimos 12 meses", por lo que se concluye que el resultado del test es "CONVENIENTE" al tener conocimientos y experiencia necesarios para comprender y, en consecuencia, contratar en este momento o en el futuro, las siguientes familias de productos: "Renta fija participaciones preferentes" y termina "La realización del presente test no supone asesoramiento personalizado al cliente, sino una evaluación de su experiencia y conocimientos, para valorar si son suficientes para comprender los riesgos del producto sobre el que el test se realiza".

Test de conveniencia totalmente contradictorio con el perfil inversor de doña , así como con sus antecedentes. Por lo que no puede entenderse como acreditado que entendiera el alcance de las preguntas, y menos aún de las respuestas, dados sus conocimientos financieros y su perfil inversor. Ya hemos reseñado en anteriores fundamentos que el hecho de haber suscrito con anterioridad participaciones preferentes (año 2004) no implica el que la actora tuviera conocimientos sobre su alcance y riesgos.

No se efectuó test de conveniencia en la suscripción de participaciones preferentes de agosto de 2009. Se ha de tener en cuenta que la testigo doña ha reconocido que las cruces las ponían los empleados de Caja Madrid.

Se aporta "Resumen de la Emisión de Participaciones Preferentes Serie II Mayo 2009 Caja Madrid Finance Preferred, SA" (documento 23 de la demanda), sin que conste la fecha de su recepción.

Respecto a las obligaciones subordinadas, los documentos aportados, se refieren a la orden de suscripción de valores (documento 4).

El 5 de mayo 2010 se suscribe el siguiente documento "Instrumento financiero/Servicio de inversión: OB. SUB.CAJAMAD 2010, D. , con DNI/NIF , o en su caso, el representante legal, debidamente acreditado, manifiesta que ha sido informado de que el instrumento financiero referenciado se ha clasificado como un instrumento financiero complejo debido a los riesgos asociados. En particular, de la posibilidad de incurrir en pérdidas en el nominal invertido y de que no existe garantía de negociación rápida y fluida en el mercado en el caso de que

decida vender el instrumento financiero referenciado antes de su amortización. Asimismo, se le ha informado de las características propias de las emisiones subordinadas en cuanto a que en el orden de prelación de créditos se sitúan por detrás de los acreedores comunes del Emisor, depositantes, acreedores con privilegio y acreedores ordinarios" (documento 28 de la demanda).

Como hemos reseñado en anteriores fundamentos se efectuó una propuesta de inversión respecto de las obligaciones subordinadas totalmente en contra del perfil eminentemente conservador de doña .

Se aporta "Resumen de la Emisión de Obligaciones Subordinadas 2010-1 Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid" (documento 27 de la demanda), sin que conste cuando se recibió, pues no se reseña la fecha.

Del examen de estos documentos (además de las precisiones ya realizadas), lo que cabe destacar, en primer lugar, es que no existen dudas que los mismos constituyen un supuesto de contratos de adhesión por cuanto el cliente no ha intervenido en forma alguna en su redacción, pues han sido elaborados, de forma unilateral, por la entidad bancaria. Con conceptos estereotipados, que no son sino modelos genéricos y sin relación alguna con el cliente que suscribe las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas.

De los documentos en los que se pretende fundamentar la información contractual no se deriva que el cliente minorista entendiera las magnitudes económicas de las inversiones, sobre todo cuando iba a convertirse en cofinanciadora de la entidad de crédito de la que adquieren las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas.

Se ha de tener en cuenta (respecto de las participaciones preferentes) que toda la información que se le facilita viene referida a la solvencia de la garante Caja Madrid en mayo del 2009, sin embargo, la fecha valor de las suscritas el 16-6-2009 es el 7-7-2009, y entre ambas fechas se produjo una modificación del renting asignado a Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid como garante de la emisión, a la baja, sin que conste se diera esta información a la actora de tal hecho relevante. De igual modo, no consta que a la actora se le informara de la situación financiera real de la entidad en agosto de 2009, cuando se suscriben nuevas participaciones preferentes, ni en mayo del 2010, cuando se suscriben las obligaciones subordinadas

En cuanto al incumplimiento de las obligaciones de Caja Madrid, en la actualidad Bankia, por la ausencia de información, traemos a colación SAP Córdoba Sección 1ª 30 enero 2013 recurso 303/2012 "No podemos pasar por alto (según

la referencia legal citada por la Audiencia Provincial de las Islas Baleares en la Sentencia referida), que el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores , en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios. El Real Decreto 629/1.993 (LA LEY 1838/1993), de tres de mayo, vigente cuando se produce la operación que nos ocupa, concretó, aún mas, la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (artículo 4 del Anexo 1), como frente al cliente (artículo 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que toda operación conlleva " (artículo 5.3)".

A su vez, no podemos obviar que la actora tiene la condición de consumidora y usuaria, a los efectos de LGDCU (RDLeg. 1/2007) y en su artículo 60 dispone "1. Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo".

Si trasladamos este precepto al supuesto de las presentes actuaciones no puede derivarse que se cumpliera al suscribir las participaciones preferentes el 16-6-2009 y 10-8-2009, ni respecto de la obligaciones subordinadas el 5-5-2010, y que por la actora tuviera "información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales", pues, se ha de reiterar, se trata de documentos unilaterales de la entidad del crédito, modelos para una generalidad de clientes.

Por lo tanto, entendemos no hubo información documental específica alguna, y en todo caso, la mínima información no puede calificarse "relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales", máxime si tenemos en cuenta las características de las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas tal y como hemos desarrollado en los fundamentos de derecho segundo, tercero y cuarto, y el deber de información de la entidad, dada su complejidad, por lo que tal deber no puede entenderse efectuado con la mera entrega de una serie de documentos-modelos con conceptos genéricos y estereotipados, difíciles de entender para clientes sin conocimientos especiales, máxime cuando también se puede derivar un conflicto de intereses entre el cliente y la

entidad (Caja Madrid) que es la garante de las participaciones preferentes y la emisora de las obligaciones subordinadas que se suscriben. La información verbal, a través de los empleados de la demandada, ha de entenderse errónea y ajena a la naturaleza y complejidad de los productos financieros a los que se refieren las órdenes de compra (participaciones preferentes y obligaciones subordinadas).

No pueden traerse a colación hechos posteriores a la suscripción de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, así el que se recibieran los correspondientes rendimientos. Sin que los mismos puedan tener la consideración de actos propios. Tal alegación no puede ser de recibo, siempre y cuando el Tribunal Supremo al reconocer que si bien los actos propios prohíben que su autor vaya contra actos que definan claramente su posición o situación jurídica, o tiendan a crear, modificar o extinguir algún derecho, y la recepción de los rendimientos no puede conllevar que la garante de las participaciones preferentes y la emisora de las obligaciones subordinadas pueda quedar liberada de sus obligaciones contractuales, máxime cuando hemos establecido (respecto de ambas) la existencia de un asesoramiento personalizado.

NOVENO: Todas las consideraciones de los anteriores fundamentos, nos han de llevar a estimar la demanda, en cuanto a la acción principal, a los efectos del artículo 1101 Código Civil, por incumplimiento grave y negligente de las obligaciones de la demandada, lo que de conformidad al mencionado precepto conlleva la indemnización de daños y perjuicios.

Al respecto STS 18 de abril de 2013 recurso 1979/2011 "En conclusión, el banco no cumplió el estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo (así los define la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y así se acepta en la sentencia de la Audiencia Provincial) sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo muy bajo que habían seleccionado al concertar el contrato de gestión discrecional de carteras de inversión. Este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas". Doctrina que es aplicable al supuesto de las presentes actuaciones, pues como hemos desarrollado en la presente resolución hemos de apreciar un asesoramiento personalizado, tanto respecto de las participaciones preferentes como respecto de las obligaciones personalizadas.

- De igual modo, la SAP Córdoba Sección 3ª 12 de julio de 2013
- recurso 181/2013 "En conclusión, Bankinter no cumplió con la diligencia del buen profesional que opera en el mercado de valores al no transmitir con la buena fe y transparencia debidas la información completa propia, clara y precisa adecuada a la naturaleza del producto financiero complejo y de alto riesgo que suscribió su cliente, una diligencia que le viene exigida por imperativo legal y reglamentario. Y tal incumplimiento de los deberes elementales del profesional financiero, si afecta a un elemento esencial del contrato y causa daños y perjuicios demostrables a su cliente, le ha de llevar a responder ante éste de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes , algo que tiene reconocido nuestro Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de abril de 2013".

La indemnización de daños y perjuicios conllevará que la demandada Bankia deberá de abonar a la actora la cantidad de 206.000 euros, más intereses legales desde la fecha de suscripción de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, es decir, intereses legales de 51.000 euros desde el 16 junio de 2009, intereses legales de 100.000 euros desde el 10 de agosto de 2009, e intereses legales de 55.000 desde el 5 de mayo de 2010.

Si bien para que no produzca un enriquecimiento para la actora, por ésta deberá de restituir a la entidad Bankia los importes recibidos como rendimientos o cupones, tanto respecto de las participaciones preferentes como respecto de las obligaciones subordinadas, con sus correspondientes intereses legales.

Por último, los títulos adquiridos (participaciones preferentes y obligaciones subordinadas) o el canje de acciones de Bankia (Resolución del FROB de 16-4-2013) pasarán a la titularidad de la demandada, y de haberse vendido las acciones por la actora, ésta deberá devolver a Bankia el importe de la venta, con sus correspondientes intereses legales desde la fecha en que se procedió a su transmisión.

DÉCIMO: En cuanto a la intervención de CAJA MADRID FINANCE PREFERRED S.A y BANCO FINANCIERO Y DE AHORRO S.A, se acordó a los efectos del artículo 13 Ley de Enjuiciamiento Civil, pero como intervención adhesiva simple, y no litisconsorcial, es decir, como coadyuvantes, por lo que ningún pronunciamiento cabe con relación a las mismas.

Al respecto SAP Barcelona Sección 13ª 12 de junio del 2012, recurso 615/2011 " En la intervención adhesiva simple el tercero no alega la cotitularidad del derecho o de la obligación deducidos en juicio, sino un interés por ser titular de una relación jurídica conexas que puede verse

afectada, aunque de modo reflejo o mediato, por el resultado del proceso. Se trataría, por tanto, de un interés legítimo, pero indirecto, en cuanto la decisión del pleito no se traduce en una afectación inmediata de la situación del interviniente, de manera que en estos supuestos esa intervención tiene una finalidad preventiva o precautoria del derecho subjetivo del tercero. En cuanto a la posición del interviniente simple, si la medida del interés concreto del que es portador es la medida de su legitimación, se comprenderá que su actuación ha de estar limitada a la protección de aquel interés, y como éste es indirecto, basta con reconocerle una actuación subordinada a la de la parte principal con la que coadyuva, en cuanto su interés queda objetivamente protegido con el triunfo de la tesis principal de esa parte. De ahí que no le alcancen con la misma intensidad los efectos del proceso, y así, nada le impedirá iniciar un proceso distinto contra alguna de las partes en defensa de su derecho subjetivo, sin que lo impida la litispendencia, ni le será oponible la cosa juzgada que produzca la sentencia dictada en el proceso en que interviene, ni podrá ser ejecutada, en modo alguno, esa sentencia frente al interviniente. Únicamente, no podría alegar la ignorancia de la resolución del pleito. Y, en particular, por lo que aquí interesa, nunca será sujeto activo o pasivo de la condena en costas, pues contra o frente al interviniente no hay pretensión alguna, ni, por tanto, se puede considerar que, gane o pierda la parte principal con la que se alinea, se ha estimado o desestimado la «pretensión» del interviniente simple, el cual, por definición ni la ejerce ni la sufre”, y Auto AP Madrid Sección 12ª 23 de enero del 2013 recurso 742/2011 “En la intervención adhesiva simple el tercero no alega la cotitularidad del derecho o de la obligación deducidos en juicio, sino un interés por ser titular de una relación jurídica conexas que puede verse afectada, aunque de modo reflejo o mediato, por el resultado del proceso. Se trataría, por tanto, de un interés legítimo, pero indirecto, en cuanto la decisión del pleito no se traduce en una afectación inmediata de la situación del interviniente, de manera que en estos supuestos esa intervención tiene una finalidad preventiva o precautoria del derecho subjetivo del tercero... Distinta, necesariamente, ha de ser la posición del interviniente simple. Si la medida del interés concreto del que es portador es la medida de su legitimación, se comprenderá que su actuación ha de estar limitada a la protección de aquel interés, y como éste es indirecto, basta con reconocerle una actuación subordinada a la de la parte principal con la que coadyuva, en cuanto su interés queda objetivamente protegido con el triunfo de la tesis principal de esa parte. De ahí que no le alcancen con la misma intensidad los efectos del proceso, y así, nada le impedirá iniciar un proceso distinto contra alguna de las partes en defensa de su derecho subjetivo, sin que lo impida la litispendencia, ni le será oponible la cosa juzgada que produzca la sentencia dictada en el proceso en que interviene,

ni podrá ser ejecutada, en modo alguno, esa sentencia frente al interviniente. Únicamente, no podría alegar la ignorancia de la resolución del pleito. Y, en particular, por lo que aquí interesa, nunca será sujeto activo o pasivo de la condena en costas, pues contra o frente al interviniente no hay pretensión alguna, ni, por tanto, se puede considerar, que gane o pierda la parte principal con la que se alinea, se ha estimado o desestimado la "pretensión" del interviniente simple, el cual, por definición ni la ejercita ni la sufre".

UNDÉCIMO: Que al estimarse la demanda, a los efectos del artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas a la demandada, siempre y cuando se estima la petición principal cual es el incumplimiento de las obligaciones contractuales y la indemnización de daños y perjuicios. En cuanto a las intervinientes, ningún pronunciamiento podrá efectuarse, como hemos señalado en el anterior fundamento.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

QUE ESTIMANDO COMO ESTIMO LA DEMANDA INTERPUESTA POR DA. , REPRESENTADA POR EL PROCURADOR D. ERNESTO GARCÍA-LOZANO MARTÍN, CONTRA BANKIA S.A, REPRESENTADA POR EL PROCURADOR D. JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ CASTRO, CON LA INTERVENCIÓN COMO COADYUVANTES DE CAJA MADRID FINANCE PREFERRED S.A. Y BANCO FINANCIERO Y DE AHORRO S.A., REPRESENTADAS POR EL PROCURADOR D. JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ CASTRO, DEBO DE ACORDAR Y ACUERDO:

1.- Declarar el cumplimiento negligente de las obligaciones contractuales por la entidad Bankia con relación a las órdenes de compra de fechas de 16 de junio y 10 de agosto del 2009 referidas a "Participaciones preferentes Caja Madrid 2009" por 510 y 1000 títulos y un nominal de 51.000 y 100.000 euros respectivamente, y de igual modo, la orden de compra de fecha 5 de mayo del 2010 referida a "Obligaciones Subordinadas Caja Madrid 2010-1" por 55 títulos y un nominal de 55.000 euros.

2.- Condenar a la demandada Bankia SA a estar y pasar por la anterior declaración.

3.- Condenar a la demandada Bankia SA a pagar a DA. , la cantidad de 206.000 € en concepto de daños y perjuicios, más intereses legales desde la fecha de las respectivas órdenes de compra, debiendo restituir DA. a BANKIA S.A los rendimientos percibidos por las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, más los intereses legales.

4.- Declarar que la titularidad de todos los títulos (o en su caso acciones de BANKIA) pasen a la entidad demandada, una vez se haya restituido el importe de las cantidades del apartado anterior. De haberse vendido las acciones por la actora, ésta deberá devolver a Bankia el importe de la venta, con sus correspondientes intereses legales desde la fecha en que se procedió a su transmisión.

5.- La condena en costas a la demandada BANKIA S.A respecto de las causadas a la actora.

Contra la presente SENTENCIA CABE RECURSO DE APELACIÓN, a interponer ante este JUZGADO, PARA ANTE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, en el plazo de VEINTE días desde su notificación escrita.

PARA LA ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA INTERPOSICIÓN DEL INDICADO RECURSO DEBERÁ LA PARTE ACOMPAÑAR RESGUARDO DE INGRESO DE 50 EUROS EN LA CUENTA DE ESTE JUZGADO N° 97 5068 0000 04 0970 13, DE LA ENTIDAD BANESTO, BAJO APERCIBIMIENTO DE INADMISIÓN A TRÁMITE Y POR APLICACIÓN DE LA L.O. 1/2009 Disp. Adic. 15ª

De igual modo, deberá darse cumplimiento a lo establecido en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

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

PUBLICACIÓN: La anterior SENTENCIA, ha sido dada, leída y publicada por el SR. MAGISTRADO- JUEZ que la suscribe, hallándose celebrando audiencia pública en el día de su fecha. DOY Fe.