

LUCAS RUBIO ORTEGA

Procurador de los Tribunales

Tel.: 93 245 14 12 Fax: 93 23291 67

Ldo.: ALBERTO FERNANDEZ BOIRA Su Ref.: Mi

Ref.: 18640

F.Notificacion: 24/03/14

Sentencia ESTima demanda + int y costas

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA
NÚMERO VEINTISIETE
BARCELONA****Ref.:Ordinario #####****Demandante:##### #####.****Procurador:Sr.Rubio.****Demandado:##### S.A y otra****Procurador:Sr.#####.****SENTENCIA Nº 57/14**

En Barcelona, a veinte de marzo de dos mil catorce.

Vistos por D^a.##### #####, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº veintisiete de Barcelona, los presentes autos de juicio declarativo ordinario nº###/13-#^a-B, sobre acción de nulidad y, subsidiariamente, resolución de los contratos suscritos por las partes, seguidos entre partes, de una y como demandante, Doña #####, representada por el Procurador Sr.Rubio Ortega y asistida del Letrado Sr.Fernández Boira, de otra y como demandadas, ##### S.A, y ##### SA, representadas por el Procurador Sr.##### y asistidas del Letrado Sr.#####, pronuncio, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la siguiente sentencia:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Que por el Procurador Sr.Rubio Ortega, en la representación que tiene acreditada, se promovió demanda que tuvo entrada en este Juzgado turnada por reparto el 19 de abril de 2013, en la que, tras exponer los hechos en los que basaba la misma y citar los fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminó suplicando se dicte Sentencia por la que se declare: la ineficacia del contrato de valores, así como las sucesivas compras de participaciones preferentes Caja Madrid serie II 2009 por vicio en el consentimiento, y, en consecuencia,

se condene a la demandada a devolver a la actora el importe de 188.127,11 euros, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de la materialización de las respectivas órdenes, así como la devolución de cualquier gasto o comisión imputados y cargados a la actora, o que lo fueren en lo sucesivo por la contratación o por cualquier otra razón de la inversión demandada, incluso correos y comunicaciones, debiendo la demandante poner a disposición de Bankia SA las participaciones preferentes objeto del procedimiento, así como la suma en concepto de beneficios generados por dichas participaciones, pudiendo proceder a la compensación entre ambas cantidades en liquidación de Sentencia; con costas a la demandada.

Que, subsidiariamente, se declare el incumplimiento por ##### SA de sus obligaciones de información, diligencia y lealtad en la comisión mercantil consistente en la venta con asesoramiento de las participaciones preferentes Caja Madrid serie II 2009 y se declare la resolución de los contratos, con resarcimiento de los daños ocasionados y el abono de los intereses de dichas sumas, y se condene a Bankia SA a estar y pasar por la resolución de las sucesivas órdenes de compra, con la obligación de que las partes se restituyan recíprocamente lo que hubieran percibido, con condena en costas a la demandada, a saber: se condene a la demandada a devolver a la actora el importe de 188.127,11 euros, más los intereses legales de dicha suma desde que dicha suma se puso a disposición de la entidad demandada, que deberá también devolver cualquier gasto o comisión cargados a la actora en concepto de administración y custodia de los valores desde la fecha de su compra, debiendo la demandante poner a disposición de Bankia SA las participaciones preferentes objeto del procedimiento, así como la suma en concepto de intereses percibidos desde la fecha en que se hizo entrega a la parte actora.

Qué, final y subsidiariamente, para el caso de que no se apreciara nada de lo anterior, solicitó que se declare el incumplimiento por Bankia SA de sus obligaciones de información, diligencia y lealtad en la comisión mercantil consistente en la venta con asesoramiento de las participaciones preferentes Caja Madrid serie II 2009 y se declare la responsabilidad de la demandada para el resarcimiento de los daños ocasionados y el abono de los intereses de dichas sumas, y se condene a Bankia SA a pagar a la actora el importe de 188.127,11 euros, y el valor real líquido que tuvieran estos instrumentos al momento de ejecutar la Sentencia, con condena en costas a la demandada.

SEGUNDO. Por Decreto de 29 de abril de 2013, tras cumplir la parte actora el previo requerimiento que se le efectuó, se tuvo por parte al Procurador Sr. Rubio Ortega en la representación indicada, admitiéndose a trámite la referida demanda, de la que se dió traslado a la demandada ##### SA para que en el término de veinte días compareciera y contestara a la misma, lo que así verificó, terminando suplicando, tras exponer los hechos y citar los fundamentos de derecho que estimó oportunos, se dicte Sentencia en la que se desestime la demanda formulada, imponiendo las costas de este procedimiento a la parte actora.

TERCERO. Convocadas las partes a la oportuna Audiencia Previa que previene el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que tuvo lugar el día 19 de septiembre de 2013, se estimó la excepción de litisconsorcio pasivo necesario esgrimida por la demandada, acordándose traer al procedimiento a ##### SA, presentando la parte demandante en legal plazo ampliación subjetiva de la demanda contra la misma, en el que también hizo referencia a unos hechos nuevos y a hechos y documentos de nueva noticia, terminando suplicando se declare la ineficacia del contrato de valores , así como de las sucesivas compras de participaciones preferentes Caja Madrid serie II 2009 por vicio en el consentimiento, y, en consecuencia, se condene a ambas demandadas a devolver a la actora el importe de 188.127,11 euros, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de la materialización de las respectivas órdenes, así como la devolución de cualquier gasto o comisión imputados y cargados a la actora, o que lo fueron en lo sucesivo por la contratación o por cualquier otra razón de la inversión demandada, incluso correos y comunicaciones, debiendo la demandante poner a disposición de las demandadas las participaciones preferentes objeto del procedimiento (o lo recibido a cambio, es decir, 59.463 acciones que mantiene en cartera y los 18.085,36 euros obtenidos por la venta de 26.911 acciones, teniendo en cuenta que dicha venta trae causa de la desesperante situación provocada por la demandada) para su completa reintegración, así como la suma en concepto de beneficios generados por dichas participaciones, pudiendo proceder a la compensación entre ambas cantidades al momento de liquidar Sentencia; con costas a la demandada. Que, subsidiariamente, se declare el incumplimiento por Bankia SA de sus obligaciones de información , diligencia y lealtad en la comisión mercantil consistente en la venta con asesoramiento de las participaciones preferentes Caja Madrid serie II 2009 y se declare la resolución de los contratos, y se condene a las demandadas a estar y pasar por la resolución de las sucesivas

órdenes de compra, con la obligación de que las partes se restituyan recíprocamente lo que hubieran percibido, con condena en costas a las demandadas, a saber: se condene a las demandadas a devolver a la actora el importe de 188.127,11 euros, más los intereses legales de dicha suma desde que dicha suma se puso a disposición de las demandadas, que deberán también devolver cualquier gasto o comisión cargados a la actora en concepto de administración y custodia de los valores desde la fecha de su compra, debiendo la demandante poner a disposición de las demandadas la titularidad de las participaciones preferentes objeto del procedimiento(o lo recibido a cambio, es decir, 59.463 acciones que mantiene en cartera y los 18.085,36 euros obtenidos por la venta de 26.911 acciones, teniendo en cuenta que dicha venta trae causa de la desesperante situación provocada por la demandada), así como la suma en concepto de intereses percibidos para si procede se reintegren a la filial / grupo.

Que se mantuvo igualmente la pretensión subsidiaria segunda del escrito inicial de demanda, con el matiz de que, ante la nueva circunstancia, la diferencia que se reclama deberá calcularse entre el nominal de las antiguas participaciones preferentes, por un lado, minorado en la suma del valor liquidativo en ejecución de sentencia de los títulos que mantiene la demandante en cartera junto con los 18.085,36 euros que obtuvo por la venta de las 26.911 acciones de Bankia.

Que conferido traslado de dicho escrito a ##### SA, se adhirió al escrito de contestación de ##### SA, realizando también una serie de alegaciones, terminando suplicando, tras exponer los hechos y citar los fundamentos de derecho que estimó oportunos, se dicte Sentencia en la que se desestime la demanda formulada, imponiendo las costas de este procedimiento a la parte actora.

CUARTO. Convocadas de nuevo las partes a la oportuna Audiencia Previa que previene el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que tuvo lugar el día 4 de febrero de 2014, se ratificó la actora en la demanda, realizando manifestaciones acerca de un hecho nuevo, que se tuvo por formulado, solicitando el recibimiento del pleito a prueba, no impugnando los documentos de la demandada. Concedida la palabra a la parte demandada, se ratificó en su contestación, no impugnando los documentos aportados de contrario, fijándose asimismo por las partes los hechos objeto de debate, concediéndose a continuación a las partes la posibilidad de proponer la prueba que considerasen procedente, haciéndolo así, proponiéndose por la parte actora prueba documental, reconocimiento judicial

de la demandante y testifical, y por la parte demandada prueba documental e interrogatorio de la actora, la cual se admitió y declaró pertinente, con la excepción obrante en autos, señalándose día y hora para la celebración de juicio.

QUINTO. Que en fecha 18 de marzo de 2014 tuvo lugar el juicio para la práctica de la prueba admitida a las partes, exponiendo tras ello las partes los hechos en que basaban sus pretensiones, las conclusiones sobre las pruebas practicadas, así como los fundamentos jurídicos en los que fundan sus respectivas pretensiones, tras lo cual quedaron los autos sobre la mesa de la Juzgadora para dictar Sentencia.

SEXTO. En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que ha quedado acreditado, merced a la prueba practicada, que Doña ##### #####, persona carente de conocimientos financieros y cuya actividad laboral ninguna relación tiene con este ámbito, era, al menos desde el año 1999, cliente de la entidad Caja de ahorros y monte de piedad de Madrid, en la actualidad, tras sucesivas operaciones de integración y segregación financieras, ##### SA, y en concreto era cliente de la sucursal más cercana a su domicilio sita en la calle T##### de Barcelona, manteniendo en el año 2009 y siguientes sus contactos tanto con el que era en ese momento el director de la sucursal Sr. ##### como con la que era su gestora de banca personal la Sra. #####.

Que en el curso de tales relaciones, existiendo una confianza por parte de la demandante hacia los empleados de la entidad bancaria demandada, que efectuaban recomendaciones personalizadas respecto de las inversiones que más pudieran convenirle, se suscribió un contrato de depósito o administración de valores, fechado a 17 de marzo de 2003, aunque no se ha acreditado que fuera firmado por la demandante en ese momento y no con posterioridad, realizándosele por la que era su gestora de banca personal dos propuestas de inversión a fecha 29 de mayo de 2009 en las que se hacía referencia, como producto recomendado para la misma, cuyo perfil inversor se calificaba como moderado, a las participaciones preferentes de Caja Madrid 2009 al 7 %, por unos importes respectivamente de 6.000 euros y 87.000 €, y dentro del perfil de la inversión se recogía que deseaba que su propuesta de inversión estuviese formada exclusivamente por renta fija y que la propuesta de inversión se había elaborado de acuerdo con el perfil inversor

asignado como resultado del test de idoneidad realizado al cliente.

Que finalmente y en relación a las participaciones preferentes 2009 serie II de Caja Madrid, emitidas por Caja Madrid Finance Preferred SA, y a cuya emisión se había procedido en el mes de mayo de 2009, se realizó el 22 de mayo de 2009 a la Sra. ##### un test de conveniencia para el producto participaciones preferentes Caja Madrid 09, en el que la misma refería conocer el funcionamiento general de los mercados financieros, los aspectos necesarios de los activos de renta fija y el funcionamiento general de las variables que intervenían en la evolución de ese producto y que se detallaban en el test, manifestando no haber realizado inversiones en emisiones de renta fija en los dos últimos años, determinándose que tenía los conocimientos y experiencia necesarios para comprender y contratar renta fija sencilla y renta fija participaciones preferentes, sin que conste que se le realizare test de idoneidad alguno.

Que en fecha 22 de mayo de 2009 y 29 de mayo de 2009 suscribió la actora ordenes de suscripción de participaciones preferentes Caja Madrid 2009 por unos nominales de 87.000 y 6.000 €, declarando al pie de las ordenes la actora haber recibido información sobre el instrumento financiero al que se refería la misma y que se le había realizado antes el test de conveniencia, facilitando la información necesaria para evaluar, según sus conocimientos y experiencia inversora, en relación con el producto, la adecuación de la inversión, resultando conveniente para realizar la misma, explicándosele que el interés durante los cinco primeros años sería del 7% del nominal, con un pago de intereses trimestral y un vencimiento perpetuo según constaba en las órdenes de suscripción.

Que no consta que firmase y se le entregase en esa misma fecha a la demandante el documento doce de la demanda, que hacía referencia al resumen de la emisión de las participaciones preferentes 2009, en cuyo inicio expresamente se reseñaba que el mismo debía leerse como introducción al folleto, y que toda decisión de invertir en los valores debía estar basada en la consideración por parte del inversor del folleto en su conjunto.

Que en dicho resumen, se dice que las participaciones eran un producto complejo y de carácter perpetuo y que no constituía un depósito bancario, estando condicionado el pago de la remuneración a la obtención de beneficios distribuibles y a la existencia de recursos propios suficientes de conformidad con la normativa bancaria aplicable, y que transcurridos cinco años desde la fecha de desembolso el emisor podría en cualquier momento amortizar total o parcialmente las participaciones con

autorización previa del banco de España y del garante, reflejándose también que podía existir un riesgo de pérdidas en el nominal invertido, estableciéndose una remuneración trimestral en los porcentajes antes expuestos.

Que se manifestaba haber sido informado de que dicho instrumento financiero tenía un riesgo elevado, de la posibilidad de pérdidas en el nominal invertido y de que no había una garantía de negociación rápida y fluida en el mercado si decidía la venta, así como que el pago de la remuneración se condicionaba a la obtención de beneficios distribuibles por parte del emisor y su grupo, y que si no se pagaban en un momento determinado no se sumaría a cupones de periodos posteriores, y que en el orden de recuperación de créditos se situaba únicamente por delante de las acciones ordinarias.

Que resulta también acreditado, no constando documentación alguna al respecto, que el 7 de abril de 2010 se adquirieron por la demandante participaciones preferentes Caja Madrid 2009 serie II por importes de 12.673,72 euros, 34.311,77 euros y 618,23 euros, no constando ni siquiera órdenes de compra al respecto, ni la realización de test de conveniencia ni test de idoneidad ni la entrega de folleto resumen a la demandante.

Que, asimismo, en fechas 24 de enero de 2011 y 24 de febrero de 2011 se suscribieron órdenes de suscripción de participaciones preferentes Caja Madrid 2009 por unos importes de 14.354,85 euros, 9.737,21 euros y 23.431,36 euros, declarando al pie de las ordenes la actora haber recibido información sobre el instrumento financiero al que se refería la misma y que se le había realizado en fecha 22 de mayo de 2009 el test de conveniencia, facilitando la información necesaria para evaluar, según sus conocimientos y experiencia inversora, en relación con el producto, la adecuación de la inversión, resultando conveniente para realizar la misma, ascendiendo por tanto el total del importe desembolsado por la parte demandante para la adquisición de las referidas participaciones preferentes emitidas por Caja Madrid Finance Preferred SA, comercializadas por Bankia SA, que asimismo lleva a cabo una labor de asesoramiento respecto de la demandante, a la suma total de 188.127,11 euros.

Que constante este procedimiento se ha producido un hecho nuevo consistente en que el 22 de mayo de 2013 se aplicó una acción de gestión de instrumentos híbridos de capital de las que se recogen en la Ley 9/2012 que afectó, entre otros productos, a las participaciones preferentes objeto de este procedimiento en virtud del cual Bankia SA procedió a la recompra de las participaciones preferentes con un importante descuento, por ser la recompra al 62,68 % del valor nominal, recibiendo a cambio la

demandante 86.374 acciones de Bankia SA, procediendo por necesidades económicas el 3 de junio de 2013 la demandante a vender un pequeño paquete de 26.911 acciones para obtener liquidez, obteniendo en concreto a cambio 18.085,36 euros.

Que manifiesta la demandante que ha causado la parte demandada error en el consentimiento de la parte actora, que vicia el mismo, por lo que debe declararse la nulidad de los contratos suscritos; suplicando de forma subsidiaria la declaración de resolución de los contratos al haber incumplido la demandada con sus obligaciones contractuales de diligencia, transparencia, lealtad e información adecuada respecto de la demandante existiendo además por una deficiente evaluación de la conveniencia del producto, sin que tampoco se evaluase la idoneidad de la operación, máxime atendiendo a que la demandante es un cliente minorista, lo que le otorga el máximo nivel de protección, sin que nunca hubiera contratado productos complejos, habiendo confiado en el asesoramiento financiero que se le ofrecía por los empleados de la demandada y en las recomendaciones que los mismos que le realizaban.

Que a todas estas peticiones se oponen las demandadas, pues alegan que se le dio información detallada con los riesgos del producto, entregándosele folleto del mismo, donde constaba la información sobre los riesgos, y firmando el test de conveniencia, recayendo sobre la demandante la carga de probar la existencia del error, siendo la actora debidamente informada de los riesgos y de las características del producto, habiéndose cumplido con la normativa aplicable, existiendo, en todo caso, una confirmación tácita de los contratos, no sólo por el cobro de rendimientos durante cierto tiempo, sino también por la venta de voluntaria de acciones que tuvo lugar en junio de 2013, resultando igualmente improcedente la resolución contractual, al no haber incumplido la parte demandada ninguna de sus obligaciones, careciendo de trascendencia anulatoria la infracción únicamente de normas administrativas, procediendo examinar las alegaciones de las partes, a la vista de la prueba practicada, a fin de concluir si procede o no en su caso estimar las pretensiones esgrimidas por la demandante.

SEGUNDO. Que las participaciones preferentes tienen su fuente normativa en 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, modificada por el art. 1.10 de la Ley 6/2011, de 11 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.

Que la citada Disposición Adicional establecía que “ Las participaciones preferentes a que se refiere el artículo séptimo de esta ley tendrán que cumplir, entre otros, los siguientes requisitos:

a) Ser emitidas por una entidad de crédito o por una entidad 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 dominante de un grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y cuya actividad u objeto exclusivos sea la emisión de participaciones preferentes.

b) En los supuestos de emisiones realizadas por una entidad filial, los recursos obtenidos deberán estar depositados en su totalidad, descontados los gastos de emisión y gestión, y de forma permanente en la entidad de crédito dominante o en otra entidad del grupo o subgrupo consolidable. El depósito así constituido deberá ser aplicado por la entidad depositaria a la compensación de pérdidas, tanto en su liquidación como en el saneamiento general de aquélla o de su grupo o subgrupo consolidable, una vez agotadas las reservas y reducido a cero el capital ordinario. En estos supuestos las participaciones deberán contar con la garantía solidaria e irrevocable de la entidad de crédito dominante o de la entidad depositaria.

c) Tener derecho a percibir una remuneración predeterminada de carácter no acumulativo. El devengo de esta remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios distribuibles en la entidad de crédito dominante o en el grupo o subgrupo consolidable.....

f) Tener carácter perpetuo, aunque se pueda acordar la amortización anticipada a partir del quinto año desde su fecha de desembolso, previa autorización del Banco de España.

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 del grupo o subgrupo consolidable de las entidades de crédito, las participaciones preferentes darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha 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”.

Que de todo ello se deduce que la rentabilidad de las participaciones preferentes viene condicionada a los resultados

económicos de la entidad emisora, teniendo un carácter perpetuo, y debiendo estar el dinero invertido en la propia entidad de crédito, y, por tanto, inevitablemente ligado a la situación financiera de dicha entidad, y en cuanto a la liquidación, ha de producirse en un mercado secundario que en la actualidad se encuentra paralizado, habiéndose dejado ya de percibir incluso las remuneraciones pactadas.

TERCERO. Que, ello así expuesto, y en cuanto a la solicitud de declaración de nulidad de las suscripciones de participaciones preferentes por error en el consentimiento, ha de partirse de que los requisitos esenciales que el artículo 1.261 del Código Civil establece para que pueda hablarse de contrato, son el consentimiento, el objeto y la causa, que significa el fin que se persigue en cada contrato, ajeno a la mera intención o subjetividad, aduciendo en la demanda que hay error en el consentimiento prestado ya que incumplió la demandada con su deber de información acerca de las características y riesgos del producto contratado, disponiendo el artículo 1.266-1º del Código Civil que “para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”, habiendo puesto de manifiesto el T.S en S. de 17 de mayo de 1988 que “para que el error pueda invalidar el consentimiento es necesario que sea sustancial, derivado de actos desconocidos para el que se obliga, y además que sea inexcusable”.

Que, ciertamente, el contrato debe nacer como consecuencia de la voluntad libre y consciente de quienes lo otorgan, lo que supone un consentimiento serio, espontáneo y libre, dado que en otro caso (mediando error, violencia, intimidación o dolo), será nulo, conforme al art. 1265 del Código Civil. En el supuesto de error, lo declarado corresponde a lo que internamente quiere el declarante, pero esta resolución interna se ha formado por efecto de una representación que no corresponde a la realidad, de forma que la ignorancia

o una falsa información han inducido al declarante a decidir algo que no es lo que realmente le hubiese interesado.

Para que tal error sea relevante o esencial (art. 1266 del Código Civil), han de concurrir los siguientes requisitos: 1) ha de ser esencialmente determinante de la voluntad del contratante que lo alega (error sustancial o sobre las cualidades esenciales o verdaderamente determinantes de la voluntad, SSTS 6.7.1992 , 23.2.1993, 14 y 18.2.1994, 25.2.1995, 19.2.1996); 2) ha de existir un nexo de causalidad entre el error sufrido y la finalidad perseguida por el contratante y 3) ha de ser un error excusable o

no imputable al contratante que lo ha sufrido, lo que se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe ex art. 7 CC (el error es inexcusable cuando hubiera podido ser evitado empleando una normal diligencia media según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (SSTS de 24 de enero de 2003 ó 17 de julio de 2006).

Que, como señala la Sentencia de la AP de Pontevedra de 7 de abril de 2010: "La formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responden a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquello a lo que se obliga y de lo que va a recibir a cambio. Si ello debe ser así al tiempo de celebrar cualquier tipo de contrato, con mayor razón si cabe ha de serlo en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, que ha venido mereciendo durante los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta y actuación que tienden a proteger, no únicamente al cliente consumidor, sino al cliente en general, en un empeño por dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica".

Como indica la SAP de Asturias, sección 7, de 25 de Julio del 2011 "La Sentencia del TS de 11 de julio de 1998 manifiesta que: "...La Ley de Mercado de Valores contiene una serie de normas de conducta de las Sociedades y Agencias de Valores presididas por la obligación de dar absoluta prioridad al interés del cliente (Art. 79), Sentencia que igualmente, con cita de la Sentencia del TS de 27 de enero de 2003 , declara que: "...la entidad efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las

normas de la Ley de mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad.

CUARTO. Que enlazando con esta última cuestión relativa a la obligación de la entidad bancaria demandada en este caso de informar debidamente al cliente, es cierto que en el contexto del tráfico de productos financieros, como recuerda la STS 14-11-2005, se exige un plus de información y de diligencia a la entidad financiera que comercializa aquéllos, y a concretar esa diligencia del oferente existe un importante núcleo legislativo que recoge los parámetros de actuación de las comercializadoras de tales contratos bancarios, financieros o bursátiles, evolución legislativa que arranca con el R.D. 629/1993, de 3 de mayo sobre normas de actuación en el mercado de valores, hoy derogado por R.D. 217/08, de 11 noviembre.

Que atendiendo a la fecha de suscripción de las participaciones preferentes, mayo de 2009, abril de 2010 y enero y febrero de 2011, es evidente que la normativa aplicable en lo relativo a la información que debía suministrarse al cliente era la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, tras la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 diciembre, que traspone la famosa Directiva 2004/39, de 21 de abril de 2004, MIFID (Markets in Financial Instrument Directive), relativa a los mercados de instrumentos financieros por la que se modificaban directivas precedentes, y que marca una pauta no sólo continuista con la protección de la clientela de tales productos, sino que la incrementa, en cuanto que regula con mayor detalle (arts. 78 y ss LMV) el deber de información a cargo de la entidad financiera, distingue entre el cliente profesional y minorista, a los fines de diferenciar el comportamiento debido frente a unos y otros, realzando el perfil del inversor al que se dirige el producto financiero de que se trate, respecto del que debe realizarse una evaluación previa.

Los artículos 78 y siguientes de la LMV regulan las obligaciones de transparencia e información de las entidades que presten servicios financieros. En particular el artículo 78 bis) exige a las empresas de inversión que clasifiquen a sus clientes en profesionales o minoristas, de manera que tendrán la

consideración de clientes profesionales aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos. El legislador basa esta presunción de experiencia en la condición de entidad financiera, organismo público o empresario con un alto volumen de activo o de negocio, si bien también es posible renunciar expresamente a la condición de cliente minorista (no profesional) rellenando un cuestionario que permita comprobar que se cumplen dos de estas tres condiciones:

1.º que el cliente ha realizado operaciones de volumen significativo en el mercado de valores, con una frecuencia media de más de diez por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores;

2.º que el valor del efectivo y valores depositados sea superior a 500.000 euros;

3.º que el cliente ocupe, o haya ocupado durante al menos un año, un cargo profesional en el sector financiero que requiera conocimientos sobre las operaciones o servicios previstos.

El artículo 79 bis) impone a los profesionales el deber de informar a los clientes, incluidos los clientes potenciales, de manera comprensible, sobre la entidad y los servicios que presta, sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión, sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes. La información debe contener recomendaciones y advertencias sobre el riesgo de los productos contratados y es importante insistir en que a fin de poder valorar la adecuación de los productos ofrecidos a cada cliente, las entidades deben recabar información sobre la experiencia de esos clientes a la hora de contratar ese tipo de productos.

Estas exigencias de información al cliente y valoración de sus conocimientos o idoneidad para contratar productos complejos se han desarrollado a su vez en el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de

Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre.

Que el artículo 64-1 del Real Decreto 217/2008 establece que " Las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional. En la descripción se deberá incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas"; mientras que según el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores "Las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo".

Que por su parte el artículo 72 del Real Decreto 217/1008 establece que "A los efectos de lo dispuesto en el art. 79 bis. 6 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras deberán obtener de sus clientes, incluidos los potenciales, la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de 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. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones a un cliente profesional de los enumerados en las letras a) a d) del art. 78 bis.3 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, la entidad podrá asumir que el cliente puede soportar financieramente cualquier riesgo de inversión a los efectos de lo dispuesto en esta letra....

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”.

Que el artículo 73 recoge que “A los efectos de lo dispuesto en el art. 79 bis.7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el art. anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado.”, y según el artículo 74 “1. A los efectos de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

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

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

c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes.

2. En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información prevista en los apartados 6 y 7 del art. 79 bis de la Ley/1988, de 28 de julio”.

Es evidente, por tanto, que debía la entidad demandada no solamente realizar un estudio del perfil del cliente para poder valorar que el producto que se le ofertaba era adecuado al mismo, sino también proporcionar a los clientes de manera comprensible información adecuada sobre los productos ofertados, sus características y riesgos de modo que les permitiera, en lo posible, comprender la naturaleza y los riesgos del tipo específico de producto financiero que se ofrece y, por consiguiente, poder tomar la decisión de la contratación con un conocimiento fundado de causa, lo cual no se hizo en el caso de autos a la vista la prueba practicada.

Que por otra parte, a pesar de las alegaciones de la parte demandada, ha quedado también acreditado que por parte de la entidad bancaria demandada se llevaba a cabo una labor de asesoramiento en relación a las inversiones de la demandante, reconociendo la testigo Sra. #####, que era su gestora

de banca personal desde el año 2009, que una de sus funciones era asesorarse en la gestión, realizándosele propuestas inversión que son recomendaciones personalizadas que la demandante puede o no aceptar, reconociendo que era su letra la obrante en las propuestas de inversión que se recogen al documento ocho de la demanda, y aunque se añadió que tales propuestas no habían dado lugar a ninguna contratación posterior, ello es contradictorio con las propias órdenes de compra que se recogen al documento 14 de la demanda, detallándose también de forma clara en las propuestas del documento ocho que las mismas se referían a la adquisición de participaciones preferentes de Caja Madrid 2009 al 7% por los importes de 6.000 y 87.000 €, que fueron, precisamente, las sumas que se suscribieron el 22 y 29 de mayo de 2009, por lo que la actuación de la demandada no fue una simple recomendación de carácter genérico y no personalizada que se realiza en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros, y debió velar por el cumplimiento de su obligación de información en los términos establecidos en el artículo 79 bis LMV.

Que, asimismo, el artículo 72 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, establece que a los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis 6 de la Ley 24/1988, de 28 de julio las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras deberán obtener de sus clientes, incluidos los potenciales, la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de 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; y en el caso que nos ocupa, aunque la Sra. ##### dijo que se había hecho test de conveniencia y también el de idoneidad, no consta haberse realizado este último, lo que era necesario al entender que la entidad demandada realizó un asesoramiento a la actora, habiendo sido requerido para su aportación en el acto de la audiencia previa, sin que lo haya adjuntado.

Que el artículo 79.6 LMV establece al prestar el servicio de asesoramiento en materia de inversiones, que la entidad deberá obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencias del cliente en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto de que se trate. También se añade que cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará el instrumento financiero.

QUINTO. Que, de la prueba desarrollada , y por lo que se refiere a la orden de compra de las participaciones preferentes de Caja Madrid 2009, resulta evidente que concurre en la demandante la calidad de cliente minorista, y que ello debía conllevar los más altos niveles de información sobre los productos que fueran adecuados a la misma y a sus objetivos de inversión, y aunque es cierto que consta como documento 17 de la demanda que se hizo test de conveniencia para dicho producto, únicamente en relación a las órdenes del año 2009 (pues no consta la realización de test de conveniencia alguno en las suscripciones del año 2011 , ni evidentemente en las del año 2010, respecto de las que no se aportan ni las órdenes de compra siquiera, lo que casa con las manifestaciones de la actora en cuanto que en ocasiones realizaba el personal de la entidad bancaria directamente la suscripción), del mismo no puede deducirse que este resultare adecuado para la actora, que dijo conocer en general el funcionamiento de los mercados financieros y que conocía el funcionamiento general de las variables, detallándose como tales que las participaciones preferentes no tenían una fecha de vencimiento predefinida y que su valoración está definida por la evolución de los tipos de interés a largo plazo, cuando es evidente que la naturaleza y evolución de las mismas están ligadas a la solvencia de la entidad, acerca de la que nada se manifestaba, realizándose en todo caso en dicho documento 17 de la demanda unas genéricas referencias al conocimiento de la terminología de los mercados financieros y características de los activos de renta fija, con evidente confusión en alguna de las preguntas, como en la tercera, donde se mezclan conceptos como las inversiones de bajo riesgo del entorno euro con el de la naturaleza de la deuda perpetua.

Que en las órdenes de compra que existen en las actuaciones ninguna información consta acerca de las características y riesgos del producto, a excepción de la mención como perpetuo de su vencimiento, y aunque es cierto que como documento doce de la demanda se aporta un resumen de la emisión firmado por la actora en la última de sus siete hojas, en su inicio expresamente se reseñaba que el mismo debía leerse como introducción al folleto, y que toda decisión de invertir en los valores debía estar basada en la consideración por parte del inversor del folleto en su conjunto, folleto cuyo contenido no se ha acreditado, ni mucho menos, que se entregare y se explicare a la demandante, pues manifiesta la actora que se le entregó con mucha posterioridad, cuando fue a pedir documentación que le faltaba, y aunque el testigo Sr. #####, que fue director de la sucursal de la que era clientela la actora desde el año 2000 a

abril de 2011 dijo que le había entregado dicho proyecto resumen antes de la comercialización, no es menos cierto que el apartado de la fecha obrante la última página de dicho documento doce de la demanda se encuentra en blanco, y ello no puede entenderse subsanado por la circunstancia expuesta por dicho testigo de que al inicio de dicho folleto resumen se recoja la mención de mayo de 2009, y, en todo caso, en el documento 4 de la demanda, que reconoció dicho testigo ser de su puño y letra, únicamente se da una explicación detallada de los rendimientos del producto, sin que conste se informara debidamente de los riesgos del mismo, manifestando dicho testigo que en las suscripciones posteriores al año 2009 era la parte demandante al que consideraba que había de cambiarse y así lo verificaba, lo que mal cuadra con la circunstancia antes expuesta de que ni siquiera se están firmadas órdenes de suscripción de algunas de las participaciones preferentes, ni tampoco que se realizare test de conveniencia respecto de las suscripciones de los años 2010 y 2011, ni tampoco la realización de test de idoneidad en ninguno de los supuestos.

Que en dicho resumen, aportado como documento doce de la demanda, se definen las participaciones como un producto complejo y de carácter perpetuo y que no constituía un depósito bancario, estando condicionado el pago de la remuneración a la obtención de beneficios distribuibles y a la existencia de recursos propios suficientes de conformidad con la normativa bancaria aplicable, y que transcurridos cinco años desde la fecha de desembolso el emisor podría en cualquier momento amortizar total o parcialmente las participaciones con autorización previa del banco de España y del garante, reflejándose también que podía existir un riesgo de pérdidas en el nominal invertido, estableciéndose una remuneración trimestral en los porcentajes antes expuestos.

En ese documento, cuya fecha de entrega a la demandante no consta, la actora manifestaba haber sido informada de la posibilidad de existir pérdidas en el nominal invertido y de que no había una garantía de negociación rápida y fluida en el mercado si se decidía la venta, así como que el pago de la remuneración se condicionaba la obtención de beneficios distribuibles por parte del emisor y su grupo, que si estos no se pagaban en un momento determinado no se sumaría a cupones de periodos posteriores, y que en el orden de recuperación de créditos se situaba únicamente por delante de las acciones ordinarias, sin que se informara acerca de la pérdida posible de la totalidad de la inversión, resultando igualmente que manifestar que a partir de los cinco años se podría proceder a la amortización anticipada por el emisor, podría inducir a error

acerca de la duración del contrato; debiéndose también precisar que tampoco se ha probado que el documento trece aportado por la demanda, correspondiente al contrato de depósito o administración de valores, fuere efectivamente firmado por la demandante en la fecha que en el mismo se expone, es decir, 17 de marzo de 2003, pues el misma lleva el membrete de Bankia, cuando en esa fecha no se habían producido las operaciones bancarias que llevarían a la sucesión de Caja de ahorros y monte de piedad de Madrid por Bankia, manifestando al respecto el testigo Sr. #####, director de la sucursal de la calle T##### de Barcelona entre mayo de 2011 a noviembre del 2013, que se había pedido la modificación en cuanto a la persona autorizada en la cuenta de valores, y que por eso imprimió de nuevo el contrato con la modificación solicitada, nada de lo cual se ha probado con esta mera manifestación, lo que, evidentemente, podría haberse hecho aportando el mismo documento por la parte demandada sin el membrete obrante en el margen superior izquierdo.

Que, como señala la Sentencia de la Sección Diecinueve de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de mayo de 2011 “El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible”.

Pues bien, todo ello así expuesto ha quedado acreditado que la entidad financiera demandada que comercializó y asesoró a la demandante , y de cuya actuación evidentemente se vio beneficiada la emisora de las participaciones traída a este procedimiento, ambas pertenecientes al mismo grupo bancario, no cumplió con la obligación de información a la parte actora que le imponía la legislación vigente en las fechas en las que se procedió a las compras de las participaciones preferentes, y tal ausencia de información adecuada ha generado un vicio esencial del consentimiento que da lugar a la nulidad del contrato (art 1263 del Código Civil).

Que de la prueba desarrollada en autos, como ya se ha reseñado y ahora se reitera, no se acredita que se informara debida y claramente a la actora Sra.##### de las características y riesgos de las participaciones preferentes, pues ciertamente las ordenes de suscripción (en los casos en que existe la misma) son absolutamente escuetas y en ellas no se hace ninguna referencia a las características de la emisión, y ni siquiera se

detallan los dividendos que podrían producir , y tampoco a los riesgos de pérdida de la totalidad de la inversión ya reiteradamente expuestos, y en cuanto al vencimiento perpetuo que en la orden de suscripción consta, de la propia posibilidad de amortización anticipada de cinco años que se reflejaba al documento doce de la demanda, que tampoco se ha acreditado se entregará en ese momento, mayo de 2009, a la actora, se podía dar a entender la no perpetuidad del producto.

Que, en relación a las alegaciones de la parte demandada acerca de la carga de la prueba, el Tribunal Supremo en Sentencia dictada el 17 de junio de 2010 y en referencia a una Sentencia dictada por la Sección 9ª de Valencia el 26 de abril de 2006 indica: "Por otra parte, y como tuvimos ocasión de declarar en la sentencia de 14 de noviembre de 2005, en relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros como los que constituyen el objeto de la presente litis:"... Algunos autores señalan, incluso, que en el caso de productos de inversión complejos la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, conforme al contenido del artículo 2 de la Orden Ministerial de 7 de octubre de 1999 del Ministerio de Economía y Hacienda que desarrolla el Código de Buena Conducta y Normas de Actuación en la Gestión de Carteras de Inversión estableciendo que las entidades deben solicitar a sus clientes información sobre su experiencia inversora, objetivos, capacidad financiera y preferencia de riesgo-, sin que quepa la elusión de responsabilidad por parte de las entidades de inversión por razón del concepto genérico de "preferencia de riesgo" cuando las inversiones aconsejadas son incompatibles con el perfil inversor de un cliente y producen el resultado negativo de dañar su patrimonio...".

Que, como recoge a su vez la Sentencia de AP de Baleares, Sec 5ª de 2 de septiembre de 2011 "Se ha de tener igualmente en cuenta, y de partida, que en relación con el "onus probandi" del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, que la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, respecto del cuál la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes, lo cual es lógico por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos (los clientes)

se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información (AP Valencia 26-04-2006).

Las entidades son las que diseñan los productos y las que los ofrecen a sus clientes y, por ello, deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera del cliente a fin de que éste comprenda el alcance de su decisión, si es o no adecuada a sus intereses y se le va a poner o colocar en una situación de riesgo no deseada; pues, precisamente, la formación de voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo cual otorga una importancia relevante a la negociación previa y a la fase precontractual, en la que cada uno de los contratantes debe obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se contrata responde a su voluntad negocial y es plenamente conocedor de aquellos a los que se obliga y de lo que va a recibir a cambio. Resulta, además, que en el caso no se ha probado que los actores sean personas expertas en temas bursátiles y a quienes además cabe considerarlos como consumidores y usuarios de los servicios bancarios por lo que resulta de aplicación toda la normativa protectora que al efecto se contempla en la LGDCU, es especial el artículo 2.1 que establece, con carácter general, que es un derecho básico del consumidor la información correcta sobre los diferentes productos o servicios. Y aún siendo cierto que toda operación de inversión comporta un riesgo, también lo es que la asunción de ese riesgo sólo puede admitirse si el cliente contaba con toda la información necesaria", lo cual no ha acreditado la demandada en modo alguno haber realizado.

Que tampoco pueden estimarse las alegaciones de la parte demandada de que hubiera suscrito la demandante con anterioridad otros productos de repita variable, pues ello no se desprende de la documentación obrante en autos, en concreto del documento 19 de la demanda, y aunque sí consta que en el año 2003 suscribió unas participaciones preferentes de Endesa, no es menos cierto que la información que al respecto se facilitaba únicamente refería las bondades del producto, sin información alguna de su riesgos, tal y como se desprende del documento quince de la demanda; o que hubiera suscrito las participaciones preferentes por el atractivo interés que ofrecían las mismas, cuando con la aportación de la documentación que

se le requirió en el acto de la audiencia previa a la demandada, y que fue cumplimentada en parte por la misma, se evidenció que había otros productos sin los riesgos de las participaciones preferentes que ofrecían rentabilidades similares.

Que, por último, debe hacerse referencia a las manifestaciones de la parte demandada relativas a que la demandante va contra sus actos propios, pues estuvo cobrando cupones durante un periodo de tiempo y que nada ha manifestado en contra, alegaciones estas que tampoco pueden prosperar, y en tal sentido la SAP Zaragoza, Sección 4ª, de 27 de julio de 2004, señala que el hecho de que el contrato produzca sus efectos durante un periodo de tiempo no significa que la parte lo acepte, porque en ese caso, bastaría que comenzase a desplegar eficacia para que no se pudieran ejercitar las acciones de nulidad absoluta o inexistencia o anulabilidad, siendo por otra parte lógico que la demandante identificara los cupones o remuneraciones que percibía con los intereses que hubiera podido percibir como si se hubiera tratado de un depósito, y en todo caso ello no desvirtúa el hecho acreditado de la falta de la debida información del producto contratado por parte de la demandada hacia su cliente en los términos que han quedado expuestos, y al perder el único “ incentivo” como pudiera ser el pago de dividendos o intereses se convierte la participación preferente en un producto de un elevadísimo riesgo, que adolece de falta de seguridad y rentabilidad; e igualmente no puede ello predicarse de la circunstancia de que en el mes de junio de 2013 la demandante procediera a la venta de una pequeña parte de sus acciones, a fin de obtener algún efectivo, cuando la misma manifestó que prácticamente todo su dinero lo había invertido en las participaciones preferentes.

Que debe, en consecuencia, declararse la ineficacia del contrato de valores, así como las sucesivas compras de participaciones preferentes Caja Madrid serie II 2009 por vicio en el consentimiento, y, en consecuencia, condenar a ambas demandadas a devolver a la actora el importe de 188.127,11 euros, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de la materialización de las respectivas órdenes, así como la devolución de cualquier gasto o comisión imputados y cargados a la actora, o que lo fueren en lo sucesivo por la contratación o por cualquier otra razón de la inversión demandada, incluso correos y comunicaciones, debiendo la demandante poner a disposición de las demandadas las participaciones preferentes objeto del procedimiento (o lo recibido a cambio, es decir, 59.463 acciones que mantiene en cartera y los 18.085,36 euros obtenidos por la venta de 26.911 acciones) para su completa reintegración, así como la suma en concepto de beneficios

generados por dichas participaciones, con los intereses legales desde la fecha de su percepción, pudiendo proceder a la compensación entre ambas cantidades al momento de la ejecución de Sentencia.

SEXTO. Que respecto a las costas procesales causadas se impondrán a la parte demandada (art.394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

FALLO.

Que, ESTIMANDO la demanda interpuesta por el Procurador Sr.Rubio Ortega en nombre y representación de Doña #####
#####, DEBO DECLARAR y DECLARO la ineficacia del contrato de valores, así como las sucesivas compras de participaciones preferentes Caja Madrid serie II 2009 por vicio en el consentimiento, y, en consecuencia, DEBO CONDENAR Y CONDENO A ##### S.A y a #####
S.A a devolver a la actora el importe de CIENTO OCHENTA Y OCHO MIL CIENTO VEINTISIETE EUROS CON ONCE CENTIMOS (188.127,11 euros), más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de la materialización de las respectivas órdenes, así como la devolución de cualquier gasto o comisión imputados y cargados a la actora, o que lo fueren en lo sucesivo por la contratación o por cualquier otra razón de la inversión demandada, incluso correos y comunicaciones, debiendo la demandante poner a disposición de las demandadas las participaciones preferentes objeto del procedimiento (o lo recibido a cambio, es decir, 59.463 acciones que mantiene en cartera y los 18.085,36 euros obtenidos por la venta de 26.911 acciones) para su completa reintegración, así como la suma en concepto de beneficios generados por dichas participaciones, con los intereses legales desde la fecha de su percepción, pudiendo proceder a la compensación entre ambas cantidades al momento de la ejecución de Sentencia, con imposición a las demandadas de las costas procesales causadas.

Frente a esta sentencia podrá interponerse recurso de apelación ante la Excm.Audiencia Provincial de Barcelona en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación a las partes.

De conformidad con la Disposición Adicional Décimo Quinta de la LOPJ, para la interposición del recurso de apelación deberá

constituirse depósito por la suma de 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado.

Que, de acuerdo con la Ley 10 /2012 de 20 de noviembre por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, para la interposición del recurso de apelación, deberá abonarse la correspondiente tasa.

Así, por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

LA MAGISTRADA-JUEZ

PUBLICACION.

La anterior sentencia ha sido publicada por la Sra.Magistrada-Juez que la dictó estando celebrando en Audiencia Pública en el día de la fecha, doy fe.