

NOTIFICADO 23/12/14

Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Barcelona

Gran Via de les Corts Catalanes, 111, edifici C, planta 8 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549427

FAX: 935549527

EMAIL: instancia27.barcelona@xij.gencat.cat

N.J.G.: 0801942120148036656

Procedimiento ordinario

Materia: Juicio ordinario otros supuestos

Cuenta BANCO SANTANDER:

IBAN en formato electrónico: ES5500493569920005001274

IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Barcelona

Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado

Parte demandante/ejecutante:

Procurador/a: Pedro Moratal Sendra

Abogado/a: OSCAR SERRANO CASTELLS

Parte demandada/ejecutada: CATALUNYA BANC SA

Procurador/a: Ignacio De Anzizu Pigem

Abogado/a:

SENTENCIA Nº 228/2014

Magistrada: Yolanda Lucia Arrieta Cavez

Lugar: Barcelona

Fecha: 18 de diciembre de 2014

Demandante:

Procurador: Sr. Moratal

Demandado: Catalunya Banc S.A

Procurador: Sr. Anzizu

En Barcelona, a dieciocho de diciembre de dos mil catorce.

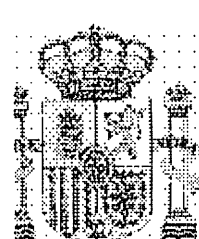
Vistos por D^a. Yolanda Arrieta Cavez, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº veintisiete de Barcelona, los presentes autos de juicio declarativo ordinario nº , sobre reclamación de cantidad, seguidos entre partes, de una y como demandante, Doña

, representada por el Procurador Sr. Moratal Sendra y asistida del Letrado Sr. Serrano Castells, de otra y como demandada, Catalunya Banc S.A, representada por el Procurador Sr. Anzizu Pigem y asistida del Letrado Sr

, pronuncio, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la siguiente sentencia:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Que por el Procurador Sr. Moratal Sendra, en la representación que tiene acreditada, se promovió demanda que tuvo entrada en este Juzgado turnada por reparto el 17 de febrero de 2014, en la



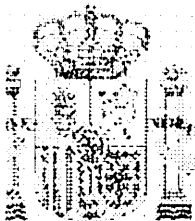
que, tras exponer los hechos en los que basaba la misma y citar los fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminó suplicando se dicte Sentencia por la se declare el incumplimiento por la demandada de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de los productos objeto de la presente demanda, en los términos recogidos en la misma; y como consecuencia de ello, se condene a la demandada a pagar a la parte actora en concepto de indemnización de daños y perjuicios la suma de 31.697,31 euros, más los intereses legales de dicha suma, y se condene a la demandada al pago de las costas derivadas del presente procedimiento.

SEGUNDO. Por Decreto de 6 de marzo de 2014, tras cumplir el previo requerimiento que se le efectuó, se tuvo por parte al Procurador Sr.Moratal Sendra en la representación indicada, admitiéndose a trámite la referida demanda, de la que se dio traslado a la demandada 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 24 de julio de 2014, se ratificó la actora en la demanda, solicitando el recibimiento del pleito a prueba, no impugnando los documentos de la demandada. Concedida la palabra a la 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 y testifical, y por la parte demandada prueba documental y testifical, la cual se admitió y declaró pertinente, señalándose día y hora para la celebración de juicio.

CUARTO. Que en fecha 18 de diciembre de 2014 tuvo lugar el juicio para la práctica de la prueba admitida a las partes, renunciando la demandada al interrogatorio del testigo por ella propuesto Sr. por las razones obrantes en autos, 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.

QUINTO. En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado

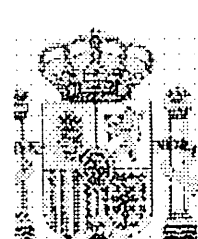


las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que, con carácter previo a entrar a examinar, en su caso, el fondo de la litis, ha de resolverse acerca de la excepción de prescripción de la acción que esgrime la demandada y ello en relación a que la solicitud de daños y perjuicios basada en una responsabilidad extracontractual habría prescrito conforme al artículo 121-21 del Código Civil de Cataluña según el cual “ Prescriben a los tres años: d) Las pretensiones derivadas de responsabilidad extracontractual “ y en cuanto a la contractual también estarían prescritas conforme al artículo 121-20 según el cual “ Las pretensiones de cualquier clase prescriben a los diez años, a menos que alguien haya adquirido antes el derecho por usucapión o que el presente Código o las leyes especiales dispongan otra cosa”, estando por tanto prescrita la acción en relación a las participaciones preferentes que fueron adquiridas en el año 2003, alegaciones que no pueden prosperar pues la acción ejercitada lo es por responsabilidad contractual, y de acuerdo con el artículo 121.23 del mismo cuerpo legal “ El plazo de prescripción se inicia cuando, nacida y ejercible la pretensión, la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse”, y es evidente de la prueba practicada que no fue en ese año 2003 cuanto pudo conocer la demandante las circunstancias que su acción ahora fundamentan, sino que ello tuvo lugar y se puso de manifiesto con mucha posterioridad, por lo que en modo alguno la acción puede considerarse prescrita, existiendo además incluso reclamaciones extrajudiciales que incluso interrumpirían ese plazo de prescripción, como se desprende de los documentos 17 y 18 de la demanda.

SEGUNDO. Que ha quedado acreditado, merced a la prueba documental y testifical practicada, que Doña [REDACTED], de 90 años de edad en la actualidad, era cliente habitual de la entidad Caixa Catalunya, en la actualidad, tras las sucesivas operaciones de fusiones bancarias Catalunya Banc S.A, (entidad esta que es notorio que tiene en la actualidad su capital participado por el FROB), sin que tenga formación alguna a nivel financiero, siendo su hijo D. [REDACTED], a la sazón también empleado de la demandada quien aconsejaba a su madre acerca de sus inversiones, resultando que el 20 de junio de 2003 se procedió a la compra de participaciones preferentes serie B Catalunya Caixa Preferential Issuance Limited con un total de importe nominal de 11.000 €, sin que conste la orden de compra, procediendo el 3 de noviembre de 2010 a la venta de parte de los títulos adquiridos, por un importe de valor nominal de 5.000 €, no estando acreditado que se estuviera informada de los riesgos del



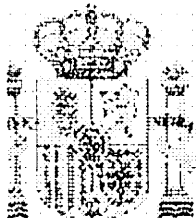
producto al momento de su adquisición.

Que el entre el 30 de enero de 2008 y el 18 de febrero de 2008 se procedió por la demandante a la compra de deuda subordinada primera emisión de Caixa Catalunya por importe total de 30.050,50 euros, no constando las órdenes de compra, ni tampoco que se entregara folleto de la emisión, ni se realizaran los oportunos test de conveniencia, ni que fuera debidamente informada de los riesgos de los productos adquiridos.

Que entre el 27 de mayo de 2004 y el 14 de octubre de 2005 se procedió por la demandante a la compra de deuda subordinada sexta emisión de Caixa Catalunya por importe total de 12.000 euros, constando únicamente orden de compra de 14 de octubre de 2005, definiéndose el producto como conservador, indicado para inversores que quisieran asumir pocos riesgos o con un término de inversión muy corto y con una rentabilidad esperada propia a la del mercado monetario, y haciéndose constar que a efectos de la prelación de créditos de la entidad emisora la deuda subordinada se situaba detrás de todos los acreedores comunes.

Que el 1 de diciembre de 2008, a las 8:50 horas adquirió la demandante deuda subordinada octava emisión de Caixa Catalunya por importe de 46.500 €, suscribiendo la orden de compra en la que se reflejaba que el perfil del producto era prudente, estando indicado para inversores con un horizonte temporal de inversión no inferior a dos años, añadiéndose que la rentabilidad esperada a medio y largo plazo era superior a la de la renta fija, reseñándose también que a efectos de prelación de créditos de la entidad emisora, la deuda subordinada se situaba detrás de todos los acreedores comunes, recogándose al final de dicho documento que el firmante conocía el significado y la trascendencia de la orden en todos sus términos, y también que la inversión resultaba adecuada de acuerdo con el test de conveniencia, y al tiempo de dicha suscripción no consta que se le hiciese entrega del folleto informativo de la emisión de deuda subordinada. Que se efectuó el 1 de diciembre de 2008 a las 8:50 horas test de conveniencia a la Sra. en el que manifestó que tenía estudios de formación profesional, que no había trabajado en el sector financiero, y que había realizado en los dos últimos años inversiones sin riesgo o con riesgo rentabilidad, definiéndose estos últimos en el mismo documento como productos en los que hay riesgo de pérdida de intereses pero no de la inversión inicial, determinándose por la entidad que su nivel de conocimientos financieros era normal y que tenía conocimiento y la experiencia inversora suficiente para contratar productos de ahorro inversión tanto sin riesgo como con riesgo de rentabilidad.

Que el 7 de junio de 2013 se dictó Resolución de la Comisión rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria por la que se acordó implementar acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada en ejecución del plan de resolución de Catalunya Banc que se aprobó el 27 de noviembre de 2012 por el FROB y el Banco de

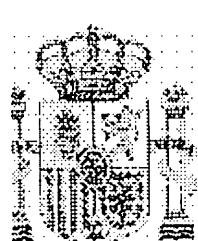


España y el 28 de noviembre de 2012 por la Comisión Europea, habiéndose producido la conversión obligada de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas en acciones de la citada entidad, habiéndose formulado por el Fondo de Garantía de Depósitos de entidades de crédito una oferta para la adquisición de las acciones emitidas por Catalunya Banc en el marco de las acciones de gestión de instrumentos híbridos y, en particular, de la recompra de las participaciones preferentes y deuda subordinada acordadas en dicha resolución.

Esta oferta de adquisición se dirigió a los titulares de acciones de la demandada, que hubieran adquirido las mismas como contraprestación, en este caso, tanto de las participaciones preferentes como de las obligaciones de deuda subordinada, pudiendo los titulares aceptarla en el plazo comprendido entre el 17 de junio y el 12 de julio de 2013, y dentro de este plazo la demandante aceptó la oferta de adquisición de tales acciones, percibiendo en fecha 19 de julio de 2013 la parte actora las sumas de 1.997,31 euros respecto de la inversión en participaciones preferentes, 16.129,93 euros en relación a la deuda subordinada de primera emisión, y en cuanto a las de sexta y octava emisión recuperó 45.382,12 euros, reclamándose como indemnización de daños y perjuicios la diferencia entre esta y la inversión que tenía en deuda subordinada y participaciones preferentes, diferencia que cifra en 31.697,31 euros.

TERCERO. Que la parte demandante expone que no fue informada de las características de alto riesgo que suponía su inversión en participaciones preferentes y deuda subordinada, ni se le ofreció por la demandada la información a la que estaba legalmente obligada al ser un producto complejo de inversión, habiendo incumplido la demandada sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de los productos objetos de la presente demanda, considerando que existe una deficiente información que constituye un incumplimiento contractual del art. 1101 del Código Civil y que debe dar lugar a una indemnización de los daños y perjuicios causados, y que cifra en el importe que le queda por recibir tras la venta de las acciones en que se convirtieron las participaciones preferentes y la deuda subordinada, ello incrementado con los intereses correspondientes; careciendo la demandante de formación bancaria y de estudios superiores, siendo inversora minorista, que debe de recibir la máxima protección, no habiéndosele informado debidamente de los riesgos del producto adquirido.

Que se opone a estas peticiones la entidad bancaria demandada, que manifiesta que no se incurrió en incumplimiento alguno de sus obligaciones, y que va la actora contra sus propios actos al haber la parte demandante realizado venta voluntaria de las acciones en que, obligatoriamente, se convirtieron las participaciones preferentes y las obligaciones de deuda subordinada, al Fondo de Garantía de Depósitos,

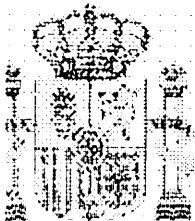


habiéndosele prestado amplia información acerca de la naturaleza y riesgos de la inversión, no existiendo nexo causal en cuanto a su actuación y los daños y perjuicios que la actora considera que de su incumplimiento contractual se derivan, y en todo caso deberían minorarse, caso de estimarse las pretensiones de la parte demandante, con las sumas que la cliente percibió como rendimientos.

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, con posterioridad a las fechas en las que se firmaron las órdenes de suscripción de las participaciones preferentes que nos ocupan, 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:

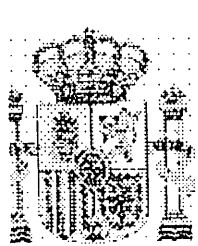
- a) Ser emitidas por una entidad de crédito o por una entidad residente en España o en un territorio de la Unión Europea, que no tenga la condición de paraíso fiscal, y cuyos derechos de voto correspondan en su totalidad directa o indirectamente a una entidad de crédito dominante de un grupo o subgrupo 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, por lo que se refiere a la deuda subordinada, y trasponiendo parte de la Sentencia de la AP de Asturias, Sec 5ª de 15 de marzo de 2013 “Debe señalarse con carácter previo que 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 art. 913 del Código de Comercio. El precio de la postergación lo constituye el

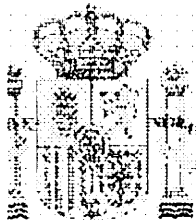


devengo de los intereses más altos que la media del mercado de renta fija privada, de modo que a menor seguridad de tales obligaciones debido a su carácter subordinado debe incrementarse la rentabilidad de las mismas”.

Que de todo ello se deduce que la rentabilidad de los productos adquiridos por los actores 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 se encuentra paralizado.

Que considera la parte actora que la demandada está obligada a abonar la indemnización por daños y perjuicios derivados de la actuación que se imputa a la demandada, conforme al artículo 1.101 del Código Civil, exigiendo el éxito de su pretensión que se acredite la existencia de un incumplimiento contractual imputable a la demandada y que, probado éste, se evidencie que de dicho incumplimiento se ha derivado el perjuicio reclamado por el actor, siendo necesario para la aplicación de los citados preceptos, y en el ámbito de la responsabilidad contractual en que nos encontramos, los siguientes presupuestos: existencia de una previa obligación, que la actuación del profesional contratado haya incurrido en el reproche de negligencia o falta de diligencia, la realidad de los perjuicios ocasionados a la otra parte y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y el quebranto patrimonial producido, debiendo además la parte actora, que alega una actuación negligente del contrario, acreditar la misma, probando en definitiva las omisiones o acciones que convierten la actuación del mismo en negligente, constituyendo reiterada doctrina jurisprudencial “que la imputación de responsabilidad no se puede basar en meras hipótesis o conjeturas, sino que es imprescindible que se determinen claramente el cómo y el porqué del resultado dañoso”.

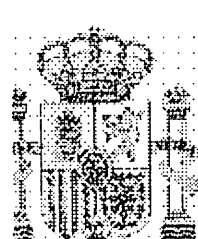
Que, como señala la Sentencia de la AP de Pontevedra de 7 de abril de 2010: “La formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones 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 el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios en su artículo 4 establecía que: "1. Las entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer", y a su vez el artículo 5 disponía que "1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos.



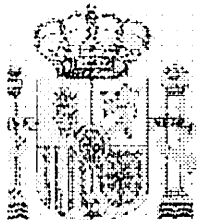
2. Las entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes.

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

4. Toda información que las entidades, sus empleados o representantes faciliten a sus clientes debe representar la opinión de la entidad sobre el asunto de referencia y estar basada en criterios objetivos, sin hacer uso de información privilegiada. A estos efectos, conservarán de forma sistematizada los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones”.

Que en esta línea, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores ya con anterioridad a su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, imponía la exigencia en su artículo 78 a las Sociedades y Agencias de Valores y, en general, a cuantas personas o entidades ejerzan actividades relacionadas con los mercados de valores, de respetar las normas de conducta contenidas en el presente título, así como los códigos de conducta que, en su desarrollo apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y el artículo 79 establecía que “Toda persona o entidad que actúe en un mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberá dar absoluta prioridad al interés de su cliente”, lo cual no acredita la demandada que se hiciera en el caso de autos.

Que, ello así expuesto, y por lo que se refiere a la adquisición de deuda subordinada de la primera y de la octava emisión, 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 de 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:

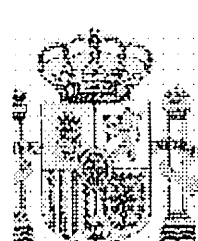
1.º que el cliente ha realizado operaciones de volumen significativo en el mercado de valores, con una frecuencia media de más de diez por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores;

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.

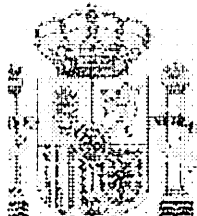
Que el artículo 64-1 del Real Decreto 217/2008 establece que " Las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación 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



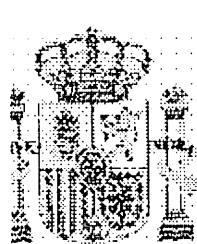
de inversión distintos de los previstos en el art. anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado.”, y según el artículo 74 “1. A los efectos de lo dispuesto 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 de los clientes para poder valorar que el producto que se les ofertaba era adecuado al mismo, sino también proporcionar a los clientes, de manera comprensible, información adecuada sobre el producto ofertado, 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 respecto de la actora a la vista la prueba practicada.

En efecto, de la prueba documental y testifical desarrollada no constan ni siquiera las órdenes de compra respecto, por ejemplo, de la compra de participaciones preferentes serie B que tuvo lugar el 20 de junio de 2003, ni de la compra de deuda subordinada de la primera emisión y en cuanto a la compra de la sexta emisión, solo se aporta una de las tres órdenes de compra, y las órdenes de compra aportadas (documentos 1-a y 1-b de la demanda) en relación a la adquisición de la deuda subordinada sexta y octava emisión, son absolutamente escuetas, y en la misma se reflejaba que el perfil del producto era conservador o prudente en su caso, para inversores que quisieran a asumir pocos riesgos o con un término de inversión muy corto, o para inversores con un horizonte temporal de inversión no inferior a dos años, añadiéndose que la rentabilidad esperada a medio y largo plazo era superior a la de la renta fija, reseñándose también, de forma no destacada, que a efectos de prelación de créditos de

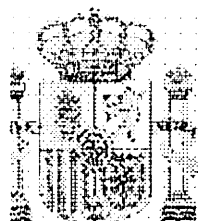


la entidad emisora, la deuda subordinada se situaba detrás de todos los acreedores comunes, recogiendo al final de dichos documentos que el firmante conocía el significado y la trascendencia de la orden en todos sus términos, y también, en el documento 1-b relativo a la compra de deuda subordinada de 1 de diciembre de 2008 que la inversión resultaba adecuada de acuerdo con el test de conveniencia, pero al respecto ha de destacarse que resulta ciertamente llamativo que el único test aportado se realice al mismo tiempo que la firma de la orden de compra (8:50 horas), lo que evidencia que se realizó como mero trámite sin analizar en condiciones el perfil del cliente, siendo igualmente destacable que en el test realizado se manifestó que no había trabajado en el sector financiero, y que había realizado en los dos últimos años inversiones sin riesgo o con riesgo rentabilidad, definiéndose aquellos en el mismo documento como productos en los que hay riesgo de pérdida de intereses pero no de la inversión inicial, siendo curioso que en la definición de los productos de inversión con riesgo rentabilidad que se recoge en el test de conveniencia, se manifieste que sea un producto en el que hay un riesgo de pérdida de intereses pero no de la inversión inicial, cuando éste ha sido precisamente el riesgo y perjuicios sufridos por la parte demandante; y tampoco se ha probado que al tiempo de dicha suscripción se les hiciera entrega de los folletos informativos de la emisión.

Que a ello no puede resultar óbice el hecho de que la comercialización del producto quedara en manos del hijo de la demandante, que es empleado de la demandada, y que explicó que su madre siempre contrataba siguiendo sus consejos y que la información de la que disponían los empleados era la que se transmitía a los clientes, que era un producto de ahorro y sin riesgo de pérdida del capital invertido, lo que también ratificó el testigo Sr. Aluja, careciendo por tanto el propio profesional de los conocimientos suficientes para poder valorar los riesgos del producto y dar cumplida información de los mismos a la parte actora.

Que, como señala a su vez 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".

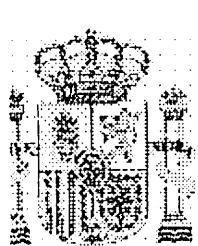
Que, como recoge la Sentencia de AP de Baleares, Sec 5ª de 2 de septiembre de 2011, "Se ha de tener igualmente en cuenta, y de partida, que en relación con el "onus probandi" del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, que la carga probatoria acerca de tal extremo 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, enlazando precisamente con esta cuestión, tampoco consta que se efectuara test de idoneidad a la demandante, a la que siempre aconsejaba su hijo y empleado de la demandada, y, como expone la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 " El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera



(ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

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

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

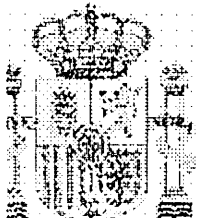
b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).

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

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

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

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración



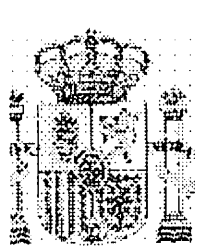
de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55)".

Que en el caso de autos, como antes se ha expuesto, se llevó a cabo un verdadero servicio de asesoramiento financiero, pues el producto se aconsejó aprovechando la relación de confianza que existía con los clientes, sin que se realizara un juicio de la idoneidad del producto en relación a los clientes.

Que según el artículo 79.6 LMV al prestar el servicio de asesoramiento en materia de inversiones 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.

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 al cliente, de manera comprensible, información adecuada sobre el producto ofertado, sus características y riesgos de modo que le 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.

Que se estima por todo ello en conclusión que existió por parte de la demandada un claro incumplimiento contractual sobre la base de la falta de información suficiente sobre las características de los productos adquiridos, y las consecuencias para la actora fueron muy relevantes, en cuanto suscribió unos productos distintos en sus rasgos y con riesgos que determinaron la pérdida de su valor que sólo en parte ha podido recuperar, debiendo la entidad asumir todas las consecuencias que se derivan de aquel incumplimiento, que no son sino la consecuencia natural de aquella infracción contractual, por lo que debe en consecuencia condenarse a la demandada a devolver a la parte actora la suma reclamada de 31.697,31 euros correspondiente a la diferencia entre las sumas entregadas en su día en custodia a la demandada y la percibida por las ventas de las acciones, venta que fue la única salida que vislumbró la actora para recuperar algo de liquidez respecto de su inicial inversión, por lo que mal puede decirse ahora además por la demandada que vaya la actora con la demanda ahora planteada contra sus actos propios por haber procedido a la venta voluntaria de las acciones en que fueron convertidas las participaciones preferentes y la deuda subordinada en su día adquirida; resultando igualmente improcedente la solicitud de minoración de los rendimientos percibidos por los actores respecto de la suma reseñada y a que resulta condenada a su pago la entidad demandada, pues si así se verificare además existiría un claro enriquecimiento injusto para con la entidad



demandada, que pudo disponer durante un largo periodo de tiempo del nominal de la actora.

QUINTO. Que respecto a las costas procesales, 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 de juicio ordinario interpuesta por el Procurador Sr.Moratal Sendra en nombre y representación de Doña DEBO CONDENAR Y CONDENO A CATALUNYA BANC S.A a abonar a Doña la suma de TREINTA Y UN MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SIETE EUROS CON TREINTA Y UN CENTIMOS (31.697,31 euros) , más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de la interpelación judicial, así como al pago de las costas causadas.

Frente a esta sentencia podrá interponerse recurso de apelacion ante la Excm.a 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.

Que, de acuerdo con el Decreto Ley 1 /2014 de 3 de junio de la Generalitat de Catalunya, que modifica la Ley de Tasas y Precios públicos de la Generalitat de Catalunya, 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