

JOAQUIN GARCIA BELMONTE	Referencia	17/163
Cliente		
Letrado	OSCAR SERRANO CASTELLS	106680
Procedimiento	JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 23 DE VALENCIA	
Notificación	19/01/2018	Resolución 16/01/2018
Procesal		

## JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 23 DE VALENCIA

Procedimiento: JUICIO ORDINARIO 509/2017.

### SENTENCIA núm. 17/18

En Valencia, a 16 de enero de 2018.

Vistos por mí, Víctor Calatayud Chollet, Magistrado-Juez, actuando en comisión de servicios como refuerzo a los Juzgados de Primera Instancia de Valencia, los presentes autos de juicio ordinario núm. promovidos por el procurador de los tribunales D.<sup>a</sup> Joaquín García Belmonte, en representación de la , que actúa en defensa e interés de su asociado D. , con la asistencia letrada de D. Oscar Serrano Castells, contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representado por la procuradora de los tribunales D.<sup>a</sup> Paula Calabuig Villalba, bajo la dirección letrada de D. con base en los siguientes:

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el procurador de los tribunales D.<sup>a</sup> Joaquín García Belmonte, en representación de la que actúa en defensa e interés de su asociado D. , se presentó el pasado 21 de abril de 2017, en el Decanato de este Partido, escrito con el que promovía juicio ordinario, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, contra Banco Popular Español, S.A..

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar a los autos la tramitación prevenida para el juicio ordinario de conformidad con el art. 249 LEC, en relación con el art. 399 y concordantes de la misma Ley Procesal Civil.

TERCERO.- Emplazada en forma la parte demandada, compareció y contestó la demanda dentro de plazo, oponiéndose a las pretensiones de contrario, instando la íntegra desestimación de la demanda, con condena en costas a la parte actora.

CUARTO.- Cumplidos los trámites previstos en el art. 414-1 LEC y de acuerdo con lo dispuesto en este precepto, se convocó a las partes a una audiencia previa al juicio, señalándose para tal fin el día 30 de octubre de 2017, con el resultado que es de ver en las actuaciones.

QUINTO.- De conformidad con el art. 431 LEC y concordantes, el día 12 de diciembre de 2017 se ha celebrado el juicio, con el resultado que obra en acta, registrándose el resultado de la vista en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen con arreglo al art. 187 LEC.

SEXTO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencias, debido a la carga de trabajo soportada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con la demanda rectora de estos autos, dirigida contra Banco Popular Español, S.A., ejercita la actuando en defensa e interés de su asociado D. acción de resolución contractual e indemnización de daños y perjuicios derivados de la compra de unas participaciones preferentes de Kaupthing Bank; instando que se declare el incumplimiento por parte de Banco Pastor, S.A., (actualmente Banco Popular Español, S.A.) de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de las participaciones preferentes. Como consecuencia de esta declaración, se pide que se resuelva el contrato no vencido por el que se adquirieron las Participaciones Preferentes de Kaupthing Bank de fecha 30 de junio de 2007. Así mismo, como consecuencia de dichos incumplimientos se solicita la condena a Banco Popular Español, S.A., al pago en concepto de daños y perjuicios del importe de 65.000'00 €, más los gastos de custodia vinculados a estos valores, y los intereses legales que correspondan de tales conceptos desde la fecha de la presente reclamación judicial, debiéndose compensar de todo ello los importes percibidos en concepto rendimientos o cupones y sus intereses.

Pretensiones que se fundan en esencia, en que el Sr. , que es veterinario y que trabaja como funcionario, carece de especiales conocimientos financieros así como de cualquier experiencia inversora, procedió, por recomendación explícita de su gestor de Banca Privada en Valencia, a adquirir, el 30 de junio de 2007, un total de 65 títulos de Participaciones Preferentes Kaupthing Bank mediante una disposición por importe total de 65.000'00 €. Lo que se explicó a D. ; es que se trataba de títulos de renta fija (en contraposición a la renta variable) de un banco muy solvente y que se trataba de una disposición a 4 años (refiriéndose en verdad, al plazo de amortización anticipada por parte de la entidad). El actor no fue consciente de que estaba comprando unos títulos en un mercado secundario alemán en el que estaba asumiendo un riesgo de liquidez y de mercado que podía comprometer la recuperación de sus ahorros. Y ello en un momento donde su cotización ya denotaba signos claros de debilidad en cuanto a su solvencia. Creyó el demandante, que al poner sus ahorros en renta fija huía de la variabilidad y del riesgo. Y todo ello pese a que el Sr. siempre ha tenido un perfil muy ahorrador, motivo por el cual, y habida cuenta de su total desconocimiento de los productos financieros, siempre se dejó aconsejar por los empleados del banco, y llevado por la confianza y con el propósito de obtener seguridad contrató estos títulos, así como algún otro producto de renta fija. D. cobró los cupones y ha pagado importes en concepto de custodia vinculados a estos títulos. No fue hasta el mes de marzo de 2016 que se notificó al cliente la baja de la posición debido al estado de liquidación del emisor, habiendo perdido su inversión.

Se adjunta a la demanda: como documento n.º 5, Orden de Valores de fecha 29 de junio de 2007, como documento n.º 6, justificante bancario de liquidación de

valores de fecha 30 de junio de 2007, como documento n.º 7, resumen de rendimientos y extracto de posición de 2007, como documento n.º 8, comunicación general de valores de 17 de marzo de 2016 y, como documento n.º 9, extracto de la cuenta de valores a 31 de marzo de 2016.

**SEGUNDO.-** Frente a las pretensiones de contrario, la demandada, que no cuestiona la adquisición de las participaciones preferentes, no obstante se opone a las pretensiones deducidas de contrario, aduciendo en esencia que:

1.- La acción de resolución contractual es improcedente en el caso de incumplimientos precontractuales como el que denuncia la parte actora.

2.- La acción de indemnización de daños y perjuicios ejercitada se encontraba prescrita en el momento de interponer la demanda, al haber transcurrido sobradamente el plazo de 3 años establecido en el artículo 945 del Código de Comercio.

3.- No ha existido incumplimiento alguno por parte de Banco Popular que pueda ser base para la resolución contractual solicitada, dado que: A) La relación contractual se basa en un contrato de intermediación, no de asesoramiento. B) No concurrió incumplimiento de la obligación de información por parte de la entidad bancaria. C) El demandante conocía el producto litigioso y comprendía sus características y riesgos, habiendo contratado con anterioridad varios productos idénticos a los actuales que no reclamado, lo que acredita que su perfil no es el de un "simple ahorrador" como nos pretende hacer creer. D) No existe una pérdida o daño cierto al Sr. [REDACTED], dado que como no ha concluido el proceso liquidatorio de la entidad Kaupthing Bank no se ha concretado el valor final que recuperarán los clientes como titulares de las participaciones preferentes objeto de la Litis. E) No existe relación de causalidad entre un supuesto incumplimiento de la obligación de información de la entidad bancaria y la hipotética pérdida, sino que la misma derivaría en todo caso de la quiebra de Kaupthing Bank, situación que no pudo preverse en junio del año 2007, cuando la crisis financiera no había comenzado. Los cuatro principales directivos de dicha entidad han sido condenados en el año 2015 a una pena de prisión de 5 años por un delito de manipulación de mercado, un hecho totalmente desconocido por mi mandante en el momento de la suscripción de las participaciones preferentes hoy litigiosas. En consecuencia, no se puede hacer responsable a la demandada de la manipulación de mercado realizada por los directivos del banco islandés Kaupthing Bank en relación con el producto contratado por el demandante, siendo ésta la causa, y no otra, de la supuesta pérdida del Sr.

**TERCERO.-** En la audiencia previa al juicio la parte acora renunció a la acción resolutoria. Procede por tanto entrar directamente en el examen de la acción de responsabilidad contractual.

Respecto de la posibilidad de reclamar por daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de los deberes de información, debe recordarse la jurisprudencia al respecto, siendo buen ejemplo la sentencia 10 de julio de 2015, en que se dice que:

“En la Sentencia 754/2014, de 30 de diciembre , ya advertimos que no cabía «descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad.» Y en la anterior Sentencia 244/2013, de 18 de abril , entendimos que el incumplimiento por el banco del «estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo (así los define la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y así se acepta en la sentencia de la Audiencia Provincial) sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo muy bajo que habían seleccionado al concertar el contrato de gestión discrecional de carteras de inversión. Este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas». Aunque esta sentencia se refiere a la responsabilidad por la actuación de la entidad prestadora de servicios financieros en el marco de un contrato de gestión discrecional de carteras de valores, la doctrina sobre las consecuencias del incumplimiento del estándar de diligencia, resulta aplicable, en esencia, respecto de las exigencias que el art. 79 bis 6 LMV impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero.

En consecuencia, conforme a esta jurisprudencia, podía ejercitarse una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado. Este perjuicio es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor del Bono Fortaleza.

De tal forma que cabe atribuir al incumplimiento de los deberes inherentes a la exigencia del test de idoneidad, la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues si no consta que la demandante fuera inversora de alto riesgo, ni que no siéndolo se hubiera empeñado en la adquisición de este bono, el banco debía haberse abstenido de recomendar su adquisición, por lo que, al hacerlo, propició que la demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión.”

Y si bien la antedicha resolución del Tribunal Supremo se refiere a una contratación posterior a la entrada en vigor de la Ley 47/2007 (transponiendo la Directiva MiFID, y que introdujo el contenido de los actuales artículos 78 y siguientes LMV, luego desarrollados por el RD 217/2008), no obstante, debe entenderse asimismo plenamente aplicable al supuesto enjuiciado, ya que, la normativa pre- Mifid, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, su artículo 16 y Código de Conducta, ya contenía, como así se señala en la sentencia de la sección 5<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Alicante de 23 de mayo de 2014 “(...) las más importantes obligaciones que se recogieron en la Directiva Mifid y posterior Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero de 2008, aunque éste último no fuera aplicable

al contrato en cuestión, celebrado, como se ha dicho, el 23 de marzo de 2007. Tal norma establecía que las entidades que ofertan productos de elevada complejidad financiera, como el que nos ocupa, deben solicitar de los clientes la información necesaria para su correcta identificación y sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Siendo esa información clara, correcta, precisa y suficiente para evitar su incorrecta interpretación, haciendo hincapié en los riesgos que conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo.”

En este sentido, se dice en la sentencia 67/2017, 02 de febrero del Tribunal Supremo que, “(...) ya antes de la introducción en nuestro Derecho de la normativa MiFID, existía un deber legal de información al cliente por parte de las entidades de servicios de inversión. (...)” Y asimismo, de forma análoga se apostilla en la 03 de febrero de 2016, que “[c]omo ya hemos advertido en numerosas sentencias (entre ellas, Sentencias 460/2014, de 10 de septiembre, y 547/2015, de 20 de octubre), también con anterioridad a la trasposición de la Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores daba «una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza».”

Es más, prueba de la referida esencialidad, es que, según se reseña en la sentencia 67/2017:

“El art. 79 LMV, vigente en la fecha de adquisición de las participaciones preferentes litigiosas, ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de «asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]».

Por su parte, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

«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 [...]»

»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».

En cualquier caso, como se recuerda en la sentencia del Tribunal Supremo de 03 de febrero de 2016, constituye jurisprudencia constante, “(...) que tanto bajo la normativa MiFID, como bajo la pre MiFID, en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación [ sentencia 588/2015, de 10 de noviembre , con cita de la anterior sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y sentencia 742/2015, de 18 de diciembre ].”

TERCERO.- La acción examinada se funda en el artículo 1.101 del Código Civil, sobre la base de la existencia de un incumplimiento contractual por la demandada, concretamente de sus obligaciones de información, diligencia y lealtad. Acción respecto de la cual, tiene dicho la Audiencia Provincial de Valencia (por todas la sentencia de la sección 6 del 29 de mayo de 2015 ) que:

“Esta acción tiene su punto de arranque en el artículo 1.101 CC que establece que quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas, lo que supone, como ha señalado la jurisprudencial (vid. SAP Zaragoza, sección 4<sup>a</sup>, de 10 de mayo de 2013 ) la exigencia de un comportamiento diligente en el cumplimiento de las “obligaciones”, es decir, no necesariamente de las asignadas por un contrato específico, sino también de las obligaciones legales , ya que el precepto se integra dentro del Título I del Libro IV del CC y, por tanto, trae su causa inmediata del artículo 1089 del mismo texto legal , según el cual las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y casi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.

Se formula una petición de resarcimiento de daños y perjuicios , al amparo del artículo 1.101 CC , sobre la base de la existencia de un incumplimiento contractual por la demandada, concretamente de sus obligaciones de información, diligencia y lealtad. Los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1.101 CC son, según la jurisprudencia, 1.- La preexistencia de una obligación. 2.- Su incumplimiento, debido a culpa o negligencia del demandado y no a caso fortuito o fuerza mayor. 3.- La realidad de los perjuicios ocasionados a los otros contendientes. 4.- Nexo causal entre aquella conducta y los daños producidos.

La valoración de las pruebas practicadas sobre los hechos que integran esta acción, supone la acreditación del incumplimiento por la demandada de sus obligaciones legales y contractuales, entendiendo por tales las establecidas en las inherentes a la gestión de la orden de compra de las Obligaciones Subordinadas, las establecidas en la LMV y en su normativa de desarrollo y las derivadas de la condición de emisora y garante, según el contenido del folleto de la emisión.

Por lo tanto lo que sí constituye un punto de partida para la resolución del pleito es que el Banco debía esencialmente facilitar información al cliente de la existencia de algún producto interesante o de que resultaba aconsejable efectuar alguna sustitución de activos y el cliente asumía la decisión de invertir o no, en virtud de los datos e información que se le había facilitado.

Ahora bien, las obligaciones de la parte demandada no quedaban agotadas en la obligación genérica de "facilitar información al cliente sobre el mercado de valores", sino que también deben predicarse respecto del Banco las obligaciones que se desprenden de la normativa reguladora del Mercado de Valores y concretamente, del Título VII de la Ley de Mercado de Valores, que 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 ), lo que se traduce, entre otras, en la obligación del gestor de informar al cliente de las condiciones del mercado bursátil, especialmente cuando y no obstante la natural inseguridad en el comportamiento del mercado de valores, se prevean alteraciones en el mismo que puedan afectar considerablemente a la cartera administrada. Se exige al Banco el deber de actuar con la diligencia y lealtad que se exigen a quien 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.- Invoca la demandada la prescripción de la acción de responsabilidad e indemnización de daños y perjuicios, al considerar aplicable el plazo de tres años resultante del artículo 945 del Código de Comercio. Precepto conforme al cual "[l]a responsabilidad de los agentes de Bolsa, corredores de comercio o intérpretes de buques, en las obligaciones que intervengan por razón de su oficio, prescribirá a los tres años".

Ciertamente el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 23 de febrero de 2009 señala que "[l]a ausencia de norma específica unida a los cambios producidos por la Ley 24/1.988, del mercado de valores - artículos 62 y siguientes y disposición adicional segunda - en el estatuto de quienes operaban en el mismo y a las funciones que, además de las de fedatarios, desempeñaban los agentes de cambio y bolsa como comisionistas con exclusiva de negociación dentro de la bolsa, convierten al artículo 945 del Código de Comercio en aplicable para la prescripción extintiva de la acción para exigir responsabilidad a las empresas de servicios de inversión, cuando actúen por cuenta de sus clientes ". No obstante, no es este un caso equivalente al ahora examinado. Y es que la parte actora no está exigiendo a la demandada responsabilidad por actuación alguna en su nombre (que es el supuesto enjuiciado por la Alto Tribunal) sino por la deficiente información facilitada con ocasión de contratación. Y no es lo mismo. El reproche a la demandada lo es por actos previos al supuesto contemplado en la sentencia de 23 de febrero de 2009. Efectivamente, la indemnización reclamada, no se funda en un incorrecto cumplimiento por la demandada de las obligaciones asumidas para la correcta ejecución de la orden de compra, las cuales en su caso podrían amparar una pretensión resolutoria, sujeta al plazo genérico de prescripción. Pretensión resolutoria que precisamente no puede fundarse en hechos acaecidos con posterioridad a la celebración del contrato, pues el contrato solo puede cumplirse o incumplirse después de celebrado, no antes o durante su celebración. Resulta de todo ello, que no es aplicable al presente caso el precepto invocado de del Código de Comercio.

QUINTO.- Para dar respuesta a las pretensiones deducidas resulta indispensable fijar la naturaleza y características de las participaciones preferentes, respecto de las que se dice en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2016, que:

"La CNMV describe las participaciones preferentes como valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto, con vocación de perpetuidad y cuya rentabilidad no está garantizada. Se trata de un producto de inversión complejo y de riesgo elevado, que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido. En la misma línea, el Banco de España las define como un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor.

Sobre este producto financiero se ha pronunciado específicamente esta Sala en sentencias 244/2013, de 18 de abril ; 458/2014, de 8 de septiembre ; y 489/2015, de 16 de septiembre . En ellas, se resalta la sujeción de estos productos financieros a la normativa MiFID, y con anterioridad, a las previsiones del art. 79 LMV y al RD 629/1993.

La actividad de las entidades comercializadoras de las participaciones preferentes está sujeta a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores,

cuyo artículo 2 h ) incluye como valores negociables las participaciones preferentes emitidas por personas públicas o privadas.

Las participaciones preferentes están reguladas en la antes citada Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros. En su artículo 7 se indica que constituyen recursos propios de las entidades de crédito. Cumplen una función de financiación de la entidad y computan como recursos propios, por lo que el dinero que se invierte en ellas no constituye un pasivo en el balance de la entidad. El valor nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor, por lo que el titular de la misma no tiene un derecho de crédito frente a la entidad, no pudiendo exigir el pago. La consecuencia de ello es que el riesgo del titular de la participación preferente es semejante, aunque no igual, al del titular de una acción.

A su vez, la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, no califica la participación preferente como instrumento de deuda, sino como instrumento de capital híbrido al que se ha de aplicar el mismo tratamiento contable y financiero que reciben los recursos propios de la entidad de crédito emisora. De ahí que una primera aproximación a esta figura permite definirla como un producto financiero que presenta altos niveles de riesgo y complejidad en su estructura y condiciones, como así se reconoce en la exposición de motivos del RDL 24/2012 de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

Otra característica fundamental de las participaciones preferentes es que no se atribuye al titular de las mismas un derecho a la restitución de su valor nominal, por lo que son valores perpetuos y sin vencimiento. Las participaciones preferentes cotizan en los mercados secundarios organizados y, en los supuestos de liquidación o disolución de la entidad de crédito emisora o de la dominante, darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha, que no hubiera sido objeto de cancelación, situándose, a efectos del orden de prelación de créditos y frente a lo que su nombre pueda erróneamente hacer interpretar, 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 cuota-partícipes."

Resulta por tanto que como se señala en la sentencia de la sección 9<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia, de 16 de julio de 2014, las participaciones preferentes son "(...) productos complejos, volátiles, a medio camino entre la renta fija y variable con posibilidad de remuneración periódica alta, calculada en proporción al valor nominal del activo, pero supeditada a la obtención de utilidades por parte de la entidad en ese periodo. No confieren derechos políticos de ninguna clase, por lo que se suelen considerar como "cautivas", y subordinadas, calificación que contradice la apariencia de algún privilegio que le otorga su calificación como "preferentes" pues no conceden ninguna facultad que pueda calificarse como tal o como privilegio, pues producida la liquidación o disolución societaria, el tenedor de la participación preferente se coloca prácticamente al final del orden de prelación de los créditos, por detrás concretamente de todos los acreedores de la entidad, incluidos los subordinados, y tan solo delante de los accionistas ordinarios, y en su caso, de los cuotapartícipes ( apartado h) de la Disposición Adicional Segunda Ley

13/1985, según redacción dada por la Disposición Adicional Tercera Ley 19/2003, de 4 de julio)."

Otro aspecto que añade complejidad al concepto es, como también se dice en la citada sentencia de 16 de julio de 2014, la "(...) vocación de perpetuidad pues al integrarse en los fondos propios de la entidad ya no existe un derecho de crédito a su devolución."

En definitiva, las consideraciones anteriores permiten calificar las participaciones preferentes como un producto complejo, en modo alguno sencillo.

Y en este mismo sentido se incide en la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 3<sup>a</sup>, de 30 de abril de 2014, en que "[I]a Comisión Nacional de Valores ha calificado a las participaciones preferentes como unos valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido. Dicho producto no cotiza en Bolsa negociándose en un mercado organizado, siendo su liquidez limitada, por lo que no es fácil deshacer la inversión." Se trata, por tanto, como se indica en esta sentencia, (...) de un producto complejo, confuso y de difícil comprensión, que exige de la entidad bancaria una completa y detallada información, cuando debe calificarse a los demandantes como clientes minoristas y por tanto consumidores."

Este deber de información que tiene su fundamento en la referida complejidad, entre otras cuestiones, como se razona en la meritada sentencia de 16 de julio de 2014, dificulta que un no-profesional pueda alcanzar a comprender hasta qué punto, especialmente en situaciones de crisis, dichos productos pueden tornarse extremadamente ilíquidos.

En definitiva, como se señala en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 840/2013, a la que se remite la sentencia de este mismo Órgano nº385/2014 de 7 de julio, que "(...) la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y sus clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial."

**SEXTO.-** Debe en todo caso tenerse presente, a la hora de calificar el proceder de la demandada, que la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante.

SÉPTIMO.- Llegados a este punto resulta conveniente esclarecer cual sea el perfil inversor del actore. Y es que como se dice en el escrito de contestación, el si se analiza la Información Fiscal del Sr. [REDACTED] relativa a los ejercicios 2009 a 2015, se observa que que es titular de numerosos productos bancarios, acciones y fondos de inversión. En concreto D. [REDACTED] es o ha sido titular de los siguientes productos: a) obligaciones subordinadas del Banco Pastor, b) obligaciones subordinadas Caja Madrid 6,25%, c) preferentes Banco Popular Vto, d) pa europagares vto, c) Es. Morgan Stanley & Co Intl, d) acciones de Gas Natural, y d) los siguientes fondos de inversión: Carmignac Patrimoine "e", Esaf Rendimiento Fijo Grtzd Fi, Esaf D. Publica Corto. Fi, Dws Russia, Fidelity Latin America "e", Bgf Japan Value "e, Carmignac Investissement "E, Pictet Usd Short Mt Bons "R", Templeton GI.Total Return "N", Carmignac Commodities, M&G Optimal Income "A", Amundi International "AH" Acc, Invesco Bal.Rislt Allt (GBPHDG), Invesco Asia Consumer Demand E, Esaf Capital Plus Fi, Esaf Patrimonio Fi, Esaf Fondep Sito Vi, Fi, y Pioneer Euro Aggreagate Bond, A.

Resulta ser que, además, el Sr. [REDACTED] fue administrador único, hasta el año 2015, de la mercantil denominada [REDACTED] S.L., que tenía como objeto social la "Prestación de Servicios de Intermediación en el Comercio" según el Código CNAE núm. [REDACTED].

Así las cosas, debe tenerse presente, que el mero hecho de haber invertido en los referidos productos no convertirte al actor en experto en todo tipo de productos de inversión.

Y es que la contratación de otros productos de inversión (incluidas también las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas), sin que el banco pruebe que la información que se dio al cliente fue la debida, no acredita el carácter experto del mismo. De hecho, en la Sentencia del Tribunal Supremo 102/2016, de 25 de febrero, se concluye "[q]ue los clientes hubieran contratado anteriormente productos similares no conlleva que tuvieran experiencia inversora en productos financieros complejos, si en su contratación tampoco les fue suministrada la información legalmente exigida." En este sentido, también se arguye en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 9<sup>a</sup>) de 02 de diciembre de 2013, que "[I]lo realmente trascendente es que a fecha de contratación del producto la parte actora conociese el significado, funcionamiento y riesgos de las participaciones preferentes, como producto complejo y de alto riesgo."

Por otra parte, resulta especialmente esclarecedor de cual era el verdadero perfil del Sr. [REDACTED], que el testigo D. [REDACTED] antiguo empleado de la demandada que intervino en la operación objeto de este pleito, haya recordado que D. [REDACTED] era un cliente "con conocimientos básico sobre mercados financieros", "con perfil ahorrador y conservados, más rentista". Es más, el deponente ha creído recordar que el actor "buscaba renta fija en su gran mayoría". Renta fija que precisamente, según el parecer del testigo, que no puede pasarse por alto que fue quien ofertó el producto, en 2007 se entendía como un producto estable.

OCTAVO.- No puede aceptarse que, como pretende la parte demandada, la parte actora haya actuado contra sus propios actos al pretender la indemnización, tras dejar de percibir las remuneraciones correspondientes. Y ello por cuanto, como se razona en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016, “(...) es ya jurisprudencia consolidada de esta Sala que ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.” Y continúa diciendo el Alto Tribunal que, “(...) que existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que la actora hubiese subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica. Ha de tenerse en cuenta que la confirmación tácita solo puede tener lugar cuando se ejecuta el acto anulable con conocimiento del vicio que le afecta y habiendo cesado éste, según establece inequívocamente el artículo 1.311 del Código Civil.(...)”.

NOVENO.- En el caso concreto, a la vista de las manifestaciones de la parte actora en su escrito rector, de lo manifestado por el testigo Sr. , de la naturaleza y características del producto acatado, puede colegirse que el producto fue recomendado por la demandada. Y ello dado que D. ha indicado que “en banca privada evidentemente informábamos y asesorábamos a nuestros clientes en la gestión de su patrimonio”, precisando acto seguido que ellos (los empleados de la demandada) tenían un portfolio de productos que ofertaba en función de perfil del cliente.

Por otra parte, no consta acreditado, que en la fase pre contractual ni en la fase contractual, la entidad demandada informase al cliente de manera conveniente y suficiente sobre la naturaleza, características y concretos riesgos del producto objeto de contratación; de forma que pudiesen comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrecía, permitiendo tomar decisiones fundadas sobre las inversiones.

Y es que en lo que se refiere a la información facilitada con ocasión de la contratación, tan solo se dispone, por haberlo aportado la parte actora como documento 5, la “ORDEN DE VALORES”, en que se identifica el activo de forma escueta como “5415/04/0005 B. KAUPTHING BANK 6,75% 311250”, sin que conste la más mínima referencia a sus características y riesgos.

Pero es que además, el empleado de la demandada que ha depuesto, si bien pretende que explicó el riesgo de quiebra del emisor, no obstante, al ser preguntado sobre si el actor pudo entender que lo que contrataba era como un plazo fijo, ha respondido que en la parte de interés y de capital sí. Por otra parte, al insistir la dirección letrada de la parte actora sobre que se explicó del producto, el testigo ha dicho que era una operación de renta fija.

No consta acreditado que los actores fueran informados de que la recuperación del dinero que invertían pudiera verse impedida por la insolvencia de una entidad no sometida a la supervisión de autoridad española alguna y que no consta que estuviera cubierta por ningún fondo de garantía.

En definitiva, no consta que la entidad demandada se informara sobre la situación financiera, perfil de riesgo y finalidad de los actores con la inversión, ni que pudieran tener conocimiento de los elementos, características y riesgos del producto, por lo que no cabe más que concluir que la entidad bancaria incumplió el deber de información en los términos adecuados lo que determinó que los demandantes prestaran su consentimiento sin tener cabal conocimiento de la naturaleza y riesgos del producto.

Puede por tanto concluirse, a la vista de cuanto se ha expuesto, que la entidad demandada, no cumplió el estándar de diligencia e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo (así los define la Comisión Nacional del Mercado de Valores).

Este incumplimiento de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales, constituye el título jurídico de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida.

Concurren asimismo el resto de los requisitos de la acción que sirve de base a la petición indemnizatoria de la parte actora, pues, ha sufrido un perjuicio económico real, y se produce el nexo causal entre la conducta de la entidad demandada, y los daños producidos a la actora.

Siendo cierto no es hasta la conclusión del proceso liquidatorio de la entidad Kaupthing Bank que se podrá concretar el valor final que recuperarán los clientes como titulares de las participaciones preferentes objeto de la Litis, no obstante, lo que no puede negarse es que el actor va a sufrir un perjuicio, dad cuenta el puesto que las participaciones preferentes ocupan en el orden de cobro. Así pues, no hay inconveniente en cifrar el perjuicio en la suma de la inversión, sin perjuicio de detraer de la misma en el futuro, a favor de la demandada, las sumas que pudieran reconocerse al actor en el proceso liquidatorio.

Procede por tanto, la condena a la demandada a abonar en concepto de indemnización, el equivalente al importe de la inversión realizada (65.000'00 €) minorando los intereses percibidos y que ascienden, como ha reconocido la parte actora en la audiencia previa al juicio, a la suma de 1.096'88 €.

Toda vez que la indemnización del daño tiene como objeto compensar en la medida de lo posible al que lo padece, de manera que sufra en la menor medida posible sus efectos, debe descontarse de la suma a indemnizar las rentas recibidas durante la vigencia del producto litigioso. Y es que se trata de restablecer el patrimonio del perjudicado a la situación en que se encontraba con anterioridad al mismo, para lo que deben minorarse no solo lo obtenido por la venta de las acciones, sino también los rendimientos obtenidos. Y ello dado que la acción

ejercitada no puede amparar enriquecimiento alguno en el patrimonio del perjudicado.

DÉCIMO.- En cuanto al devengo de intereses se dice en la sentencia de la sección 9<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia SAP de 14 de julio de 2016., que: "No procede tampoco aplicar a la cantidad invertida el interés legal del dinero desde la fecha de la inversión porque no estamos ante un efecto legal de una declaración de nulidad del negocio, por lo que no cabe aplicar el art. 1303, CC . Sólo proceden los intereses legales desde la fecha de la reclamación judicial, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 1100 y 1108, ambos del Código Civil . En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en su SAP de Valencia, Sec. 9<sup>a</sup>, de 2 de marzo de 2016, Pte: Caruana Font de Mora, Rollo 1106/15 : "La acción entablada no tiende a restituir las prestaciones para lograr o reponer el equilibrio al momento del contrato, sino que la estimación de la acción debe fijar el daño y perjuicio y como ello se recoge en la sentencia pero aplicando los parámetros fijados en la propia demanda, (...) los intereses de tal cantidad liquida juegan desde la interpellación judicial"."

UNDÉCIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el Art. 394 LEC, respecto de las costas procesales, al estimarse la demanda, procede hacer expresa condena en costas a la parte demandada.

## FALLO

Que estimando la acción de responsabilidad contractual promovida por la , que actúa en defensa e interés de su asociado D. FRANCISCO , con la asistencia letrada de D. Oscar Serrano Castells, contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representado por la procuradora de los tribunales D.<sup>a</sup> Paula Calabuig Villalba, bajo la dirección letrada de D. , relativa a la operación de adquisición Participaciones Preferentes por el actor, de Kaupthing Bank de fecha 30 de junio de 2007, or importe de 65.000'00 €:

1.- Condeno a la entidad demandada a que abone en concepto de indemnización, a favor de la parte demandante, la suma equivalente a la devolución del capital invertido (65.000'00 €).

De la anterior suma se detraerá el importe de los intereses percibidos fijados en 1.096'88 €.

La suma resultante devengará el interés legal desde la interposición de la demanda.

2.- Condeno a la demandada al pago de las costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes en los términos acordados, advirtiéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, que se interpondrá ante este Juzgado dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación y, con los requisitos del artículo 457 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo constituir el depósito exigido por la Disposición

Adicional 15<sup>a</sup> de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/