

Letrado: MONTERRAT SERRANO BARTOLOME
Su Ref.: 94179
Cliente:
Contra: CATALUNYA BANC, SA
Mi Ref.: A126870

PEDRO MORATAL SENDRA

PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES

Alfambra, 14, 6º 1ª
Tel.: 93.206.36.64
Fax: 93.205.42.77
08034 - BARCELONA



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 23
BARCELONA

NOTIFICADO 07/10/13

Procedimiento: Juicio Ordinario

PARTE ACTORA: D.

y Dª

, Dª

Letrada: Dª Montse Serrano Bartolomé
Procuradora: D. Pedro Moratal Sendra

PARTE DEMANDADA: CATALUNYA BANC SA

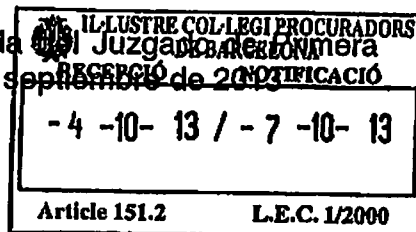
Letrado: D.

Procurador: D. Antonio Mª de Anzizu Furest

Objeto del juicio: acción de daños y perjuicios

SENTENCIA Nº 185/2013

Que dicto yo, Dª Mª Jesús Garayoa Arrasate, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 23 de BARCELONA, en esta ciudad, a 27 de septiembre de 2013



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 21 de noviembre de 2012 se presenta demanda de juicio ordinario de reclamación de cantidad por el Procurador D. PEDRO MORATAL SENDRA en representación de D.

y Dª

contra CATALUNYA BANC SA

dictándose Decreto de fecha 12 de diciembre de 2012, admitiéndose la demanda y dándose traslado de la demanda a la otra parte por veinte días hábiles.

SEGUNDO.- Contestada la demanda en tiempo y forma por la parte demandada, se dictó diligencia de ordenación de fecha 6 de febrero de 2013 por la que se convocó a las partes para la celebración de la audiencia previa el día 17 de abril, a las 13.30 horas.

TERCERO.- A dicha audiencia previa, celebrada el día 17 de abril de 2013, comparecieron las partes, con la debida asistencia y representación. No siendo posible llegar a un acuerdo, se fijaron los hechos controvertidos. La actora propuso como prueba documental por reproducida, más documental, reconocimiento judicial y testifical. La parte demandada propuso la documental por reproducida. Toda la prueba propuesta fue declarada pertinente salvo el reconocimiento judicial y una testifical y se señaló vista para el día 16 de julio de 2013 a las 10:00 horas, citándose a las partes.



CUARTO.- La vista se celebró el día señalado, 16 de julio de 2013. La actora alegó como hecho nuevo que en fecha 11 de junio de 2013 se publicó resolución del FROB sobre recompra de los títulos de la deuda subordinada con obtención de liquidez pero con una quita -en el presente caso de 15.807,52 €- habiéndose visto forzados los actores para obtener liquidez a aceptar tal quita, siendo que en fecha 19 de julio de 2013 se ingresó el dinero en la cuenta de los actores, por lo que habiendo recuperado una parte concretan ahora su petición en la cantidad de 15.807,52 € desistiendo de la acción de nulidad y resolución contractual por falta de objeto y continuando el procedimiento por daños y perjuicios por mala comercialización del producto por la parte demandada, conforme al art. 1101 CC, cifrando la cantidad en 15.807,52 € como perjuicio ocasionado por la aplicación de la quita refiriendo por último los actores que no tiene títulos ni acciones al haberse entregado al Fondo de Garantía de Depósitos. La parte demandada reconoce el referido hecho nuevo si bien se opone a las consecuencias pretendidas solicitando la desestimación de la demanda al haber renunciado el actor a la acción de resolución de daños y perjuicios. Posteriormente se practicó toda la prueba propuesta y admitida en la audiencia previa salvo una testifical, acordándose su práctica como diligencia final señalándose para ello el día 17 de septiembre de 2013 a las 10:30 horas.

QUINTO.- La citada diligencia final se celebró el día señalado, 17 de septiembre de 2013. Posteriormente se emitieron las conclusiones por las partes, quedando las actuaciones vistas para Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se reclama en el presente procedimiento por la parte actora -tras renunciar a la acción de nulidad y resolución contractual por falta de objeto- en el ejercicio de la acción de reclamación de daños y perjuicios se condene a la demandada por incumplimiento de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad, información en la venta del producto de subordinadas a los actores y se condene a la citada demandada a pagar en concepto de indemnización a los actores la cantidad de 15.807,52 €, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de 5/7/2013 (fecha del canje obligatorio) y las costas del procedimiento.

Refiere la parte actora, que carece de conocimientos financieros y experiencia de inversión previa, y que tras haber percibido el Sr. una indemnización por despido a finales de 2004 el subdirector de la oficina 0489 de CAIXA CATLUNYA, Sr. , le aconsejó la adquisición de deuda subordinada como si se tratara de un depósito a plazo fijo no informando a los actores sobre las dificultades que podría implicar la venta del producto y el riesgo del capital y mucho menos que el vencimiento de los títulos sería el 20 de febrero de 2020. En cuanto a las características de las obligaciones de deuda subordinada refieren los actores que son títulos valores de renta fija con rendimiento explícito emitidos normalmente por entidades de crédito que pueden ofrecer una rentabilidad mayor que otros activos de deuda aunque en el presente caso esa mayor rentabilidad solo se garantizó durante el primer año pues durante los posteriores el tipo de interés se pactó variable según la evolución del EURIBOR. A su vez refiere que el problema de



liquidez no aparece sólo en los casos de dudosa solvencia de la entidad sino que las obligaciones cotizan en un mercado secundario por lo que se un particular decide deshacer su inversión antes del plazo de vencimiento podría hacerlo pero exponiéndose a no recuperar la totalidad de su inversión. Así, refiere el actor que se trata de un producto completo y de riesgo.

Manifiesta la parte actora que en fecha 3 de febrero de 2005 el personal de la oficina 0489 preparó a los actores la orden de Suscripción de obligaciones de deuda subordinada de la 7ª emisión por un importe nominal de 70.500 € siendo que la comercialización se produjo sin que el personal de la oficina expusiera a los actores cuáles eran las verdaderas características y riesgos del producto fijándose incluso que el perfil del producto es "conservador". Refiere que conforme al art. 79 LMV en su redacción primitiva así como el RD 629/1993, de 3 de mayo se establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios y entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente habiendo incumplido la demandada tales obligaciones respecto a la normativa de protección de los actores como inversores minoristas así como consumidores incumpliendo la obligación de diligencia y transparencia y de suministrar una adecuada información, solicitando de conformidad con el art. 1124 CC se declare la resolución de dicho contrato con abono de intereses por incumplimiento del actor renunciando en el acto de la vista a tal resolución por falta de objeto y reclamando la indemnización de daños y perjuicios conforme al art. 1101 CC habida cuenta los hechos nuevos referidos en los antecedentes de hecho de la presente resolución.

La demandada se opone a la demanda solicitando la desestimación de la misma con imposición de costas al actor. Refiere en relación a la acción de daños y perjuicios -en cuanto el actor desiste de las acciones de nulidad y resolución contractual- que la demanda debe ser desestimada en cuanto la citada acción se recoge junto con la acción de resolución contractual prevista en el art. 1124 CC a la que ha desistido la actora por falta de objeto por lo que debería decaer la acción de daños y perjuicios. Refiere la demandada que en el caso de entidades que cuentan con la participación del FROB en su capital, las propuestas planteadas relativas a la Deuda Subordinada han de estar aprobadas por la Comisión Europea, proceso en el que se encuentra inmersa esta entidad actualmente refiriendo que en todo caso el actor no puede alegar desconocimiento del producto contratado cuando se produce una compra de títulos que pasan a formar parte de su patrimonio, constituyendo esto un acto propio del actor contra el que no puede ir al ser conocedora de que era tenedora de los títulos de deuda subordinada. Refiere el demandado que no ha asumido la función de asesora financiera de los actores siendo que en este caso estamos ante la comercialización de productos, en este caso financieros, de los que la parte demandada a través de su empleado, informó al cliente de las condiciones del producto adquirido y expresamente de los riesgos, cumpliendo con la legalidad vigente en aquel momento. Refiere le demandado que no vendió títulos de Deuda Subordinada a los actores sino que ejecutó órdenes de suscripción y de compra de títulos de los actores en el mercado secundario y no existe por ello un contrato financiero de deuda subordinada sino una compraventa de valores, hallándonos ante el cumplimiento de un mandato que además fue confirmado por los actos mediante el cobro de cupones o la reserva o salvedad a la compra de Deuda



Subordinada. En cuanto a la resolución refiere el demandado que debería plantearse por hechos acaecidos con posterioridad a la celebración del contrato y por tanto únicamente sobre negocios válidos. Por último refiere que los actores no pueden actuar contra los actos propios siendo que la venta al Fondo de Garantía de Depósitos con la quita fue aceptada por los actores, no siendo obligatorio el citado canje sino la quita, por lo que debería desestimarse la demanda.

SEGUNDO.- Con carácter previo al estudio de la acción ejercitada de indemnización de daños y perjuicios -al haber desistido la actora de la acción de nulidad y resolución contractual por falta de objeto- debe señalarse que la denominada 7ª emisión de deuda subordinada Caixa Catalunya se rige por lo dispuesto en la ley 134/1985 -conforme al folleto informativo acompañado como documento nº 8 de la demanda-, debiendo señalar que las obligaciones subordinadas son títulos que representan una parte de una deuda a favor de su tenedor, y son emitidas por una entidad para la financiación de un proyecto. Cuando dichos títulos son emitidos por empresas privadas se denominan "renta fija privada". Su rentabilidad y riesgo previstos tienen que ver con la calificación crediticia del emisor, así como con el plazo de reembolso y los tipos de interés. En España, cuando estos títulos se emiten a menos de cinco años se denominan bonos y cuando se emiten a plazo superior se denominan obligaciones. El plazo de reembolso es la única diferencia entre un bono y una obligación.

La emisión litigiosa se adecua a la Ley 13/1985, de 25 de mayo, sobre coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, en la redacción dada a la misma por la *Ley 13/1992 de 1 de junio de Recursos Propios y Supervisión en Bases Consolidadas de las entidades financieras que contempla en su art. 7* que " los recursos propios de las entidades de crédito y de los grupos consolidables de entidades de crédito comprenden (...) las financiaciones subordinadas."

Las obligaciones subordinadas son productos de renta fija a largo plazo, que pueden clasificarse como un instrumento financiero complejo de riesgo alto. Es un producto híbrido entre la deuda y las acciones.

La deuda subordinada es pasivo para el banco y su denominación apela a su carácter subordinado en el orden de cobro en caso de una hipotética quiebra y, aunque tiene un vencimiento determinado, esto es, posee una fecha de emisión y de cierre determinada, si se quiere amortizarlas antes de vencimiento habrá que ponerlas a la venta como si de una acción se tratara, en este caso en un mercado secundario, por lo que existe la posibilidad de perder parte o la totalidad del capital. No obstante, el principal problema radica en que, a diferencia de otros productos bancarios, existe un riesgo vinculado directamente a la solvencia de la entidad emisora, pudiendo perder no solo los intereses pactados sino también el capital invertido.

Las Obligaciones Subordinadas son un producto complejo con riesgos superiores a los de una cuenta o depósito tradicional, por lo que el perfil del inversor de este tipo de productos debería ser un inversor especializado, y con conocimientos financieros, e invertir siempre cantidades ahorradas que el cliente se pueda permitir



perder.

A propósito de las obligaciones subordinadas cabe citar reciente sentencia de la SAP, Asturias sección 5 del 15 de Marzo del 2013 que analiza una reclamación derivada de obligaciones subordinadas y así dice: "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..."

TERCERO.- Se alega por la parte actora que el demandado incumplió las obligaciones de diligencia, transparencia y adecuada información que le competían causando daños y perjuicios a los actores que se concretan en la cuantía reclamada.

Con carácter previo debe destacarse que la acción de resolución contractual y consiguiente indemnización de daños y perjuicios ya es ejercitada por la actora en su demanda en base al art. 1124 CC siendo que en el acto de la vista y tras las alegaciones de hechos nuevos -relativo al canje efectuado de los títulos de deuda subordinada- desiste de la resolución contractual pero no así de la indemnización de daños y perjuicios también solicitada en cuanto la quita que se le impuso a los



actores fue obligatoria. Debe destacarse al respecto que tales daños han resultado acreditados en la cuantía reclamada -relativa a la quita obligatoria para los actores- que si bien los mismos aceptaron lo fue para obtener liquidez ya que de otra manera y caso de no haberse sometido a la resolución del FROB sobre recompra de títulos habrían perdido la totalidad de la inversión. Ejercitada por ello la acción por la parte actora relativa a los daños y perjuicios -desistiendo de la petición de resolución en cuanto ha devenido sin objeto- procede analizar los daños ocasionados a los actores y si existe relación de causalidad entre los mismos y la actuación de la demandada.

En primer lugar y respecto a tales daños debe destacarse la quita efectuada a los actores que determinó la pérdida de la cantidad hoy reclamada de 15.807,52 € por la venta efectuada al Fondo de Garantía de Depósitos-que implicaba la quita referida- de tales títulos debiendo proceder al estudio de los actuación de la demandada relativa a la mala comercialización del producto objeto del presente procedimiento.

Siguiendo el art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores (en la redacción vigente cuando se concertó el contrato -no estando todavía en vigor la normativa Mifid- "1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales.

3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada 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 a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias.

4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo



momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes..."

Las normas reguladoras del mercado de valores exigen un especial deber de información a las empresas autorizadas para actuar en ese ámbito, como resulta del art. 79.1.e de la Ley del Mercado de Valores en la redacción vigente cuando se concertó el contrato (actualmente, de modo más detallado, en el art. 79.bis de dicha ley, que incorpora la Directiva MIFID) así como en la normativa reglamentaria que lo desarrolla Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, art. 9 de la Orden Ministerial de 25 de octubre de 1995, y arts. 2 a 4 de la Orden Ministerial de 7 de octubre de 1999. La doctrina ha señalado como la contratación en el mercado financiero, y dentro de ella deben comprenderse sin duda este tipo de contratos, es una contratación compleja, con un elevado nivel técnico, que para su comprensión por el inversor exige la posesión de conocimientos o experiencia previos, encontrándose las entidades financieras en una situación de superioridad frente a sus clientes. Por lo demás, los clientes confían en la entidad financiera con la que mantienen una relación duradera, lo que determina que se fíen de las recomendaciones efectuadas por el personal de la oficina, de tal modo que profesionalidad y confianza son los dos elementos característicos de la relación de clientela en el mercado financiero, y ello determina que a las entidades financieras les sea exigible un estricto deber de información. Así el cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, y además de forma que le resulte comprensible, asegurándose la entidad de que el cliente entiende sobre todo los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro.

En este sentido, la jurisprudencia exige a las entidades bancarias que acrediten que actuaron diligentemente en la oferta de estos productos, informando de las características de los mismos y cuidando de los intereses del cliente, como si fueran propios. Así, y en relación a la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros y sobre todo en el caso de productos de inversión, como señala la Sentencia de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 de noviembre de 2005, la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, invirtiéndose la carga de la prueba, teniendo en cuenta la condición profesional de la entidad financiera.

A su vez, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establece las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba la previsión de 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, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo): «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.»

Como resumen de lo expuesto, el régimen jurídico resultante de la Ley del Mercado de Valores y de la normativa reglamentaria que la desarrolla, interpretadas a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 1993/22/CEE de la que son desarrollo, impone a las empresas que actúan en el mercado de valores el deber de observar criterios de conducta basados en la imparcialidad, la buena fe, la diligencia, el orden, la prudencia y, en definitiva, cuidar de los intereses de los clientes como si fuesen propios, dedicando a cada cliente el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, respondiendo de este modo a la confianza que el inversor deposita en el profesional en un campo tan complejo como es el de la inversión en valores mobiliarios.

Establece la STS de 18 de abril de 2013 "en primer lugar, no se suministra una información completa y clara al inversor ni se actúa de buena fe cuando en el contrato existe una contradicción evidente entre la respuesta que da el inversor cuando se le pregunta por su perfil de riesgo y la elección de los valores en que se puede invertir. Los demandantes optaron por un perfil de riesgo "muy bajo", que era el más conservador de los cinco posibles. Si la empleada del banco que les atendió marcó a continuación, y tras preguntar a los clientes, en las casillas que posibilitaban invertir en valores de riesgo elevado (pues marcó todas las casillas salvo la residual de "cualesquiera contratos u operaciones..."), es evidente que existe una contradicción no explicada ni resuelta... En este caso, la incoherencia es palmaria y no ha sido justificada...

Lo relevante es que ese plus de buena fe y diligencia a observar por la empresa que actúa en el mercado de valores exige que ésta ponga de manifiesto al cliente la incoherencia existente entre el perfil de riesgo elegido (que por los términos en que se define, riesgo muy bajo, bajo, medio, alto o muy alto, es fácilmente comprensible) y los productos de inversión aceptados por el cliente (productos cuya comprensión cabal exige conocimientos expertos en el mercado de valores) y de este modo asegurarse que la información facilitada al cliente es clara y ha sido entendida..."

En el presente caso es un hecho no controvertido que el producto contratado es un producto complejo no habiéndose acreditado que los actores tuvieran carácter inversor alguno sino que se trataba de clientes "minoristas", debiendo destacar que lo que determina la conducta informativa legalmente impuesta a la entidad bancaria no sólo depende del tipo de relación jurídica que se establezca entre ésta y el inversor, sino también, de modo esencial el perfil del cliente, pues éste puede ser minorista, profesional o contraparte elegible, y al ser los actores inversores minoristas la protección es máxima cuando además el producto, como se dijo, es



complejo (art. 79 bis. 8 a) en relación con el artículo 2 apdos. 2 al 8 de la Ley del Mercado de Valores). De donde se infiere que incluso hallándonos ante una operación de comercialización y no de asesoramiento la entidad queda obligada a prestar información con arreglo a lo establecido en el art. 79.7 de la Ley del Mercado de Valores.

Pero además, analizando en profundidad el asunto, el banco no opera como simple intermediario ya que no se trata de colocar una emisión de valores anunciada en la prensa y televisión y que el cliente conozca, acudiendo a su banco para comprar aquellas acciones o valores en cuyo supuesto ciertamente existe una labor de intermediación, limitándose el banco a cobrar la comisión por esa compraventa. Ciertamente es que tampoco opera como vinculado con su cliente por una relación de asesoramiento o gestión de carteras a los alcances de la LMV que incorpora la directiva MiFID. Su posición es híbrida pero finalmente trascendente. Es el banco quien recomienda el producto al cliente, lo que de por fuerza supone una implicación en cuanto a la bondad del mismo, debiendo ese banco que recomienda la contratación, proceder a una explicación clara y exhaustiva de todos los riesgos de la operación. Además debe el banco explicar tanto las hipótesis más favorables de la inversión, como las más desfavorables, incluida desde luego la posibilidad de pérdida íntegra del capital o menoscabo grave del mismo. Y esa información debe ser explicada al cliente y asegurarse el banco de que la misma le ha sido ofrecida, explicada convenientemente, entregado por los folletos pertinentes y recabando firma del cliente que garanticen la recepción de esa información, especie de consentimiento informado, que es necesario para obligar al consumidor por productos de riesgo especulativo.

Así, a fin de determinar la manera en que dicha información debe hacerse llegar a sus clientes de forma adecuada, los apartados 6 y 7 del citado art. 79 LMV establecen la obligación por parte de la entidad, en función del tipo de prestación ofrecida, de obtener información sobre el cliente, sus conocimientos y experiencia en el ámbito de la inversión.

El derecho de información del cliente se considera, pues, como la forma más importante de la libertad contractual. Por ello tales normas intentan establecer los medios para que las condiciones contractuales, en un sector tan complejo como el de los servicios financieros, sean comprensibles para el cliente medio, es decir, presenten unas adecuadas condiciones de transparencia.

No cabe argumentar, para justificar un nivel de exigencia de información menor, que la demandada no prestó un servicio de asesoramiento a los actores, sino que se limitó a cumplir la ejecución de la orden de inversión recibida, pues basta analizar los documentos de compra aportados con la demanda para concluir que el único contrato suscrito por los actores es la denominada "orden de suscripción de deuda subordinada" -documento nº 2 de la demanda-. Dichas orden no es un contrato de mandato, sino que es el propio contrato de compra, firmados por la hoy demandada, por lo que en modo alguno podría mantenerse que la misma actuara como mandatario.

La carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de



productos financieros 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 (*Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2005*), 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).

La entidad demandada no ha probado que los actores sean personas expertas en temas bursátiles y a quienes además cabe considerarlas como consumidor y usuario de los servicios bancarios, por lo que resulta de aplicación toda la normativa protectora que al efecto se contempla en la legislación protectora del consumidor, siendo un derecho básico de éste 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. En consecuencia, puede afirmarse, que la demandada no acredita haber cumplido con su deber de información. Así ha resultado acreditado en especial de la declaración testifical del sr.

-empleado de la entidad demandada desde 1977 hasta 2010- y que en fecha 3/2/2005 contrató con los actores, en nombre de la entidad demandada, las obligaciones de deuda subordinada que se recogen en el documento nº 2 de la demanda. Así, reconoce tanto la firma de la libreta que entregó a la parte actora como de la orden de suscripción que se acompañan como documentos nº 1 y 2 de la demanda respectivamente. Refiere el testigo que depone en la vista que por parte de los empleados de la entidad demandada se recomendaba la deuda subordinada a los clientes, manifestando expresamente que "era un producto estrella", refiriendo que se vendía como una especie de plazo fijo, que daba más intereses incluso que un plazo fijo. Respecto a la 7ª emisión, que es la que nos ocupa, refiere el testigo que se comercializaba como "inversión sin riesgo" y que se ofrecía a clientes con perfil conservador y prudente refiriendo que se hablaba de riesgo de rentabilidad pero no de garantía. En cuanto a la disponibilidad añade que se sometía al mercado secundario si bien se informaba a los clientes que de 24 a 48 horas días dispondrían del dinero invertido. Igualmente manifiesta no recordar que se advirtiera a los clientes de problemas de liquidez a partir del año 2008 y que en la fecha de suscripción del producto -año 2005- no existían problemas en el mercado secundario.

Procede señalar que ha quedado acreditado que la demandada incumplió su obligación de informar correctamente a los actores del producto contratado, sus características, naturaleza y en especial de los riesgos por lo que las pretensiones del actor deben prosperar siendo que el daño señalado -quita efectuada a los actores- trae causa en el incumplimiento del demandado de su obligación de informar correctamente al actor en cuanto no se habría producido el daño de haber informado correctamente al no adecuarse el producto al perfil de los actores.

No pueden seguirse las consideraciones relativas al actuar de la actora contra sus propios actos, referidas por la parte demandada, por el hecho de haber estado cobrando cupones y recibiendo información fiscal siguiendo al respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 27 de julio de 2004 que refiere que el



11/12

hecho de que el contrato produzca sus efectos durante un periodo de tiempo no significa que la parte lo acepte, porque en este caso, bastaría que comenzase a desplegar eficacia para que no se pudieran ejercitar las acciones de nulidad absoluta o anulabilidad. Tampoco puede considerarse que la actora vaya contra sus propios actos por el hecho de haber procedido a aceptar la quita en cuanto la misma deviene de un problema de liquidez no imputable a los actores y que no ha supuesto renuncia de acciones.

Por cuanto antecede la demanda se estima totalmente tanto en relación a los daños y perjuicios reclamados en aplicación del art. 1101 CC derivados del incumplimiento del demandado ascendiendo a la cantidad de 15.807,52 € en concepto de principal debiendo añadir a tal cantidad los intereses desde la fecha de 5/7/2013 (fecha del canje) y hasta el completo pago, conforme al art. 1100 CC.

Por último procede señalar que no ha lugar a la devolución de los títulos en cuanto la actora carece de los mismos al haberse entregado al Fondo de Garantía de Depósitos.

CUARTO.- La demanda se estima totalmente por lo que de conformidad con el art. 394.1 LEC, no apreciadas dudas de hecho o de derecho en el presente caso, se impone las costas al demandado.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLO

ESTIMANDO TOTALMENTE la demanda instada por el Procurador D. PEDRO MORATAL SENDRA en representación de D. _____, D^a _____ y D^a _____ contra CATALUNYA BANC SA debo **CONDENAR** y **CONDENO** a la demandada a satisfacer a los actores la cantidad de **QUINCE MIL OCHOCIENTOS SIETE EUROS CON CINCUENTA Y DOS CENTIMOS (15.807,52 EUROS)** con los intereses legales desde la fecha de 5/7/2013 hasta el completo pago, con imposición de costas al demandado.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante RECURSO DE APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de Barcelona (artículo 455 LEC).

El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación. En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se basa la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.



12/12

Conforme a la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ, con el escrito de preparación se deberá acreditar el depósito de 50 € en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de éste Juzgado, en BANESTO, cuenta número 0556-0000-04-157012.

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

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia por la propia Magistrada que la suscribe, habiéndose celebrado en audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento, de lo que doy fe.