



## Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Barcelona

Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, edifici C, planta 7 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549420  
FAX: 935549520  
EMAIL: instancia20.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120148051089

### Procedimiento ordinario 270/2014 -D2

Materia: Juicio ordinario otros supuestos

Cuenta BANCO SANTANDER:  
IBAN en formato electrónico: ES55 0100 3000 0100 0000 0000  
IBAN en formato papel: ES55 0100 3000 0100 0000 0000  
Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Barcelona  
Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado

Parte demandante/ejecutante: Sra. Lopez  
y Sr. Aceituno

Procurador/a: RAUL RODRIGUEZ NIETO  
Abogado/a: Ferran Teva Mont

Parte demandada/ejecutada: CATALUNYA BANC,  
S.A.

Procurador/a: ANTONIO Mª  
Abogado/a: Ignasi

Objeto del juicio: declaración de responsabilidad contractual y reclamación de daños y perjuicios fijados en 23.068,79 €

## SENTENCIA Nº 32/2015

**Magistrada:** Juez Titular del Juzgado

**Lugar:** Barcelona

**Fecha:** 13 de febrero de 2015

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** El 4 de marzo de 2014, después del correspondiente turno de reparto, tuvo entrada en este Juzgado una demanda de juicio declarativo ordinario presentada por el procurador Raúl Rodríguez Nieto en representación de Sra. LÓPEZ (representada por sus hijos), y de sus hijos contra CATALUNYA BANC SA. En dicha demanda se indicaba que la Sra. López y su difunto esposo habían sido clientes de la demandada desde el 2003 y carecían totalmente de conocimientos financieros. El director de la oficina, quien tenía la plena confianza de la Sra. López y del Sr. Aceituno, les ofreció invertir sus ahorros en unos productos seguros y de disponibilidad inmediata que resultaron ser participaciones preferentes y obligaciones de deuda subordinada, adquiriendo las primeras en el 2009 por un importe de 25.000 € y las segundas en el 2003

Signat per

Codi Segur de Verificació:

Document electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar:  
<https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Data i hora 13/02/2015 12:39

Pàgina 1de 30



por un importe de 28.500 €. Como consecuencia del canje de estos productos por acciones y su posterior venta al FGD, los actores habían recuperado 8.321,85 € de las participaciones preferentes y 22.109,36 € de la deuda subordinada.

Indicaba que la demandada, tanto en la fase precontractual como posteriormente durante la fase contractual incumplió la obligación de información que tenía. En concreto no informó a los actores de la verdadera naturaleza de estos productos, no se les dio un período de reflexión, no se les explicó el folleto ni las verdaderas características del producto y, se ocultó la situación financiera de la entidad. Igualmente tampoco se informó de manera clara y comprensible de la postergación en la prelación de créditos, de la falta de cobertura del FGD, de que para recuperar el dinero se tenía que acudir a un mercado secundario, de que la demandada pudiese amortizar el producto, de que se pudiese perder todo el dinero y de la naturaleza a perpetua de las participaciones preferentes. Igualmente durante la fase postcontractual tampoco se le facilitó información sobre la entidad bancaria.

Añadían que los actores eran minoristas y consumidores y que, ante la falta de información facilitada incurrieron en un error de consentimiento excusable de manera que si hubiesen conocido las verdaderas características del producto no lo habrían adquirido generándole por tanto los daños y perjuicios derivados de las pérdidas sufridas por la adquisición de dichos productos.

Con todos estos presupuestos, una vez alegados los hechos y fundamentos de derecho adecuados, finalizaba su escrito solicitando que se dictase sentencia que:

- a) Declarase la responsabilidad contractual de la demandada por incumplimiento de sus obligaciones de transparencia, adecuada información, diligencia y lealtad en relación con la compraventa de las participaciones preferentes de CAIXA CATALUNYA PREFERENTIAL ISSUANCE LTD suscritas por el Sr. López y Sra. - CODIGO ISIN KYG 175431025
- b) Declarase la responsabilidad contractual de la demandada por incumplimiento de sus obligaciones de transparencia, adecuada información, diligencia y lealtad en relación con la compraventa de deuda subordinada CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA 6ª emisión CODIGO ISIN ES0214840201, suscrita por los actores.
- c) Condene a la demandada a indemnizar a la parte actora los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de dicho incumplimiento contractual que se dan en la diferencia entre el precio de suscripción de las participaciones preferentes -25.000 €- y de la deuda subordinada -28.500 €- pagado por la actora y el valor efectivo de la venta de las acciones en el momento de la reinversión en acciones: 1) participaciones

Signat per

Codi Segur de Verificació:

Document electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar:  
<https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Data i hora 13/02/2015 12:39

Pàgina 2de 30



preferentes , 8.321,85 €; 2) Deuda subordinada, valor efectivo de las acciones, 22.109,36 €.

Es decir, condene a la demandada a pagar la cantidad de VEINTITRÉS MIL SESENTA Y OCHO EUROS CON SETENTA Y NUEVE CÉNTIMOS (23.068,79 €) a la parte actora por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento contractual más los intereses legales desde la fecha de canje, 5 de julio de 2013 (subsidiariamente desde la fecha de presentación de la demanda).

Por decreto de 26 de marzo de 2014, se admitió a trámite la demanda dando traslado de la misma a la demandada para contestarla.

**SEGUNDO.** El 29 de abril de 2014, el procurador Antonio M<sup>a</sup>, en representación de la demandada presentó escrito de contestación y oposición a la demanda. En dicho escrito reconocía la adquisición por parte de la demandada de las participaciones preferentes y de los títulos de deuda subordinada y su posterior canje y venta. No obstante, indicaban que las obligaciones de deuda subordinada inicialmente suscritas lo habían sido por un importe de 72.000 €, habiendo vendido 29 títulos de los 48 adquiridos entre 2005 y 2007, sin hacer manifestación alguna y sin que lo hubiese hecho tampoco cuando iba percibiendo los rendimientos correspondientes. Entrando ya a analizar la acción ejercitada por la actora manifestaba que la demandada había cumplido con todas sus obligaciones legales de información dejando constancia de ello en la orden de compra de las obligaciones de deuda subordinada, sin que tuviesen obligación de conservar documentación y a que habían pasado más de cinco años desde la adquisición del producto. Respecto a la adquisición de las participaciones preferentes decía que no estaba obligada a realizar el test de idoneidad y si que realizó el correspondiente test de conveniencia que dio un resultado normal y que los actores eran adecuados para celebrar dicho contrato. Negaban también que se hubiese producido daño alguno, puesto que lo que la parte actora indicaba como daño era el riesgo inherente al producto de inversión que contrató, negando también cualquier nexo causal entre el incumplimiento alegado por la actora y el daño reclamado, ya que el causante del daño había sido la propia situación económica y el hecho de que los actores enajenasen las acciones recibidas al FDG. Con estos presupuestos, una vez alegados los hechos y fundamentos de derecho oportunos, finalizaba su escrito solicitando e que se dictase sentencia que desestimase la demanda con imposición de costas a la parte actora.

Admitida la contestación se convocó a las partes a la audiencia previa que se celebró el 28 de octubre de 2014.

**TERCERO.** El día de la audiencia previa se intentó un acuerdo sin que éste

Signat per

Codi Segur de Verificació:

Document electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar:  
<https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Data i hora 13/02/2015 12:39

Pàgina 3 de 30



fuese posible y se realizaron el resto de trámites previstos en la ley para este trámite. Destacar que la actora impugnó el documento 7 de la contestación dado que el mismo no estaba firmado y el documento 2 de la contestación por carecer de valor probatorio. Como hechos admitidos se fijó que los adquirentes de las participaciones preferentes y de la deuda subordinada eran consumidores y minoristas y se consideraron como hechos controvertidos la infracción por parte de la demandada del deber de información, si su actuación era de asesoramiento o de mandato, si la teoría de los actos propios imposibilita el ejercicio de la acción, si hay un nexo causal entre los incumplimientos y daño alegado así como el importe de los daños. Con estos hechos controvertidos se llá admitió como prueba, más allá de la documental dos testificales, todo ello con el contenido que consta en la grabación de la audiencia previa. Se fijó como día del juicio el 9 de febrero de 2015.

**CUARTO.** El día señalado para el juicio se celebró la vista y se practicó toda la prueba admitida en la audiencia previa con el resultado que consta en la grabación de la misma. Practicada la prueba las partes formularon las conclusiones en los mismos términos que las alegaciones iniciales. En este sentido la parte actora concluyó que el Sr. [redacted] había firmado las órdenes de compra porque se lo habían recomendado los empleados de la entidad bancaria, teniendo una incapacidad con grado de dependencia severa desde el 26 de noviembre de 2009 lo que implicaba que no conocía lo que estaba firmando, añadiendo que dado que el actor era un consumidor minorista se tenía que hacer una valoración adecuada para ofrecer el producto sin que las participaciones preferentes fuesen productos adecuados para el actor. Indicó igualmente que no se le había informado de los riesgos ni del carácter perpetuo y sin que hubiese prueba alguna de que cuando fue a la entidad bancaria a adquirir dichos productos fuese con la hija. Señaló que la información verbal que se le facilitó fue insuficiente y sin que se le entregase el folleto informativo con las características del producto. Entendió igualmente acreditado que se había producido un asesoramiento y que había un nexo causal entre el incumplimiento de la actora y los daños sufridos sin que se pudiese eliminar por la doctrina de los actos propios. Por último indicó que no era procedente restar los rendimientos obtenidos puesto que si no hubiese invertido el dinero en estos productos lo habría hecho en otros.

Por su parte la demandada concluyó indicando que de la testifical se había acreditado que se informó de las características del producto contratado y que no era un plazo fijo porque estaba ligado a dicho plazo fijo. Negaba igualmente que hubiese habido ningún tipo de asesoramiento ni que la demandada estuviese obligada a informar del rating de la entidad. Respecto de las subordinadas decía que en el 2003 no existía la normativa MIFID y que se facilitó la información adecuada, al igual que en el 2009 en que si se cumplió con dicha normativa y se informó expresamente de que las preferentes eran un producto sin vencimiento y que para obtener liquidez había que acudir al mercado secundario, siendo inherente el riesgo. Negaba la existencia del nexo causal



puesto que la disminución de capital que se cifraba como daño había sido por la venta de las acciones al FGD. Por último indicaba que, en todo caso, se tenían que descontar los 5.570,66 € que se habían percibido como rendimientos.

Formuladas las conclusiones quedaron las actuaciones concluidas para dictar sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO: CUESTIONES A ANALIZAR

De las alegaciones efectuadas por las partes en sus respectivos escritos así como de la relación de hechos controvertidos fijados en la audiencia previa, lo hay que analizar es si, según la doctrina de los actos propios, el hecho de haber venido recibiendo los cupones y el haber vendido las acciones recibidas por el canje forzoso del FROB al FBG impide el ejercicio de la acción de reclamación de daños y perjuicios; en segundo lugar si esto no está imposibilitado, habrá que analizar si ha habido un incumplimiento contractual por parte de la entidad demandada, en el caso de que esto se haya producido habrá que analizar si hay daños y si hay un nexo causal entre el incumplimiento y los daños. Por último si concurren estos requisitos habrá que concretar el importe de los daños sufridos por la parte actora.

No obstante, antes de analizar el incumplimiento y para comprobar si realmente se ha producido o no el incumplimiento de alguna de estas obligaciones habrá que analizar qué es una participación preferente y qué es una obligación subordinada y las obligaciones que tiene que asumir la entidad bancaria con la celebración de los contratos sobre dichos productos, analizando si realizó un simple contrato de mandato como ella alega o si se trataba de un asesoramiento.

### SEGUNDO. DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

La doctrina de los actos propios está ligada al principio de la buena fe que recoge el artículo 7 del Código civil y está expresamente recogido en el artículo 111.8 del Código civil de Cataluña que señala que nadie puede hacer valer un derecho o una facultad que contradiga la conducta propia observada con anterioridad si esta tenía significado inequívoco del que se derivan consecuencias jurídicas incompatibles con la pretensión actual.

Esta regulación del artículo 111.8 CcCat está en consonancia con los requisitos que jurisprudencialmente se ha exigido para poder hablar de actos propios que

Signat per

Codi Segur de Verificació:

Document electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar:  
<https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Data i hora 13/02/2015 12:39

Pàgina 5de 30



impidan el ejercicio de una acción. En este sentido, la jurisprudencia, como es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo 532/2014, de 13 de octubre de 2014, con citación de la Sentencia del mismo órgano 545/2010, de 9 de diciembre, indica que “la doctrina de los actos propios tiene su último fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado TS expectativas razonables (SS de 28 de noviembre de 2000 y 25 de octubre de 2000; SSTC 73/1988 y 198/ 1988 y ATC de 1 de marzo de 1993)”. No obstante, a parte de esta manifestación general, la mencionada sentencia añade que “con mención de otras anteriores como las de 5 octubre 1984, 5 octubre 1987, 10 junio 1994, 14 octubre 2005, 28 octubre 2005 y 29 noviembre 2005, dicen que «el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de Derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla. Constituye un presupuesto necesario para la aplicación de esta doctrina que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica que afecte a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad según el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a aquélla».

En este caso la actora no ha realizado ninguna acción inequívoca que permita inferir que renunciaba a ejercer cualquier acción en contra de la validez de los contratos que se estaban ejecutando puesto que, precisamente, la parte actora fundamenta el incumplimiento por parte de la actora y la reclamación de daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento en que no se le facilitó la información oportuna y no podía conocer el alcance de lo que había adquirido, por lo que mientras no se sale de ese error, las actuaciones que realiza no se pueden considerar como eficaces a efectos de poder aplicar la teoría de los actos propios, en el sentido de que las actuaciones realizadas antes de salir de su error le impiden ejercitar las mencionadas acciones.

En este sentido, y aunque no es exactamente lo mismo, aunque si que se puede aplicar la misma fundamentación, hay que citar la sentencia de la Sección 11 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de septiembre de 2013 (ROJ: SAP B 8313/2013) al resolver el recurso 308/2012. Esta sentencia considera que no es un acto de convalidación o de confirmación tácita de un contrato de swap el percibir una remuneración un año después de la celebración indicando expresamente que “es la constatación del error en su día padecido y consiguiente deseo de cesar en la producción de sus perniciosos efectos” lo que posibilita ejercer esta acción.

Lo mismo cabe decir respecto al hecho de que vendió las acciones recibidas de forma obligatoria por el FROB al FGD. Si se analiza el camino seguido por las participaciones preferentes y de las deudas subordinadas, el hecho de que se vendieran las acciones recibidas, no se puede considerar una conducta

Signat per

Codi Segur de Verificació:  
Document electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar:  
<https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Data i hora 13/02/2015 12:39

Pàgina 6de 30



inequívoca que impida el ejercicio de una acción derivada del incumplimiento previo de la entidad bancaria. Si se lee la resolución del FROB de 7 de junio de 2013 (BOE 11 de junio de 2013), se acredita que como consecuencia de la crisis financiera y las medidas indicadas por la Comisión Europea como consecuencia de la asistencia financiera a España para la reestructuración y recapitalización del sector bancario español, el FROB adquirió el 89,74 % del capital social de Catalunya Banc e impuso obligatoriamente, junto con otras medidas, la conversión en acciones ordinarias de CX las obligaciones preferentes y la deuda subordinada que esta entidad tenía suscrita, entre las que están las que son objeto de este procedimiento.

Una vez se produjo el canje, en aplicación del Real Decreto Ley 6/2013, se modificó el Real Decreto Ley 21/2012 para posibilitar que el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito pudiera, en beneficio de todo el sistema, adquirir acciones ordinarias no admitidas a negociación en un mercado regulado, entre las cuales se encuentran las de CX. Conforme a dicho Real Decreto Ley “La adquisición de los instrumentos anteriores se realizará a un precio que no exceda de su valor de mercado y de acuerdo con la normativa de la Unión Europea de ayudas de Estado. A efectos de determinar el citado valor de mercado, el Fondo de Garantía de Depósitos solicitará la elaboración de un informe de experto independiente. El plazo para realizar la adquisición deberá ser limitado y se fijará por el propio Fondo”.

Con independencia de que el actor pudiese o no enajenar las acciones que había recibido, lo cierto es que las mismas eran ilíquidas, no cotizaban en ningún mercado y la única manera viable de recuperar parte del capital que se tenía atrapado en dichos productos era su venta al FGD, siendo compatible con dicha actuación el ejercicio de acciones judiciales o arbitrales puesto que así se indicaba expresamente en la documentación que se entregaba. Por ello no se puede decir que “libertad” para realizar la venta, teniendo que acudir a la expresión tradicionalmente alegada de que se aceptó por circunstancias acuciantes o angustiosas. No se puede olvidar que el canje de participaciones preferentes y de deuda subordinada en acciones fue obligatorio y que el precio de estas acciones era fijada por el Fondo de Garantía de Depósito sin capacidad alguna de que las partes negociaran su valor (véase en este sentido la dicción del documento 9 del escrito de demanda) y siendo conscientes de que no habría otra persona o entidad que las adquiriese por un precio superior y seguramente tampoco inferior dado que la entidad bancaria a quien pertenecían las acciones estaba intervenida por el Banco de España. Además también hay que resaltar que el adquirente es el Fondo de Garantía de Depósitos, no un particular, el cual garantiza una serie de depósitos bancarios hasta un importe máximo y que esta entidad las adquirió como consecuencia de la función pública que asume, y no con la finalidad de obtener rendimientos o beneficios por la compra de una participación de una entidad que está intervenida por el Estado. Por ello no cabe otra conclusión que la de entender que era una consecuencia necesaria y orio derivada del canje obligatorio de participaciones preferentes y de deuda



subordinada en acciones impuesta de manera obligatoria por la resolución del FROB antes mencionada.

### TERCERO. CONCEPTO DE PARTICIPACIÓN PREFERENTE

El Banco de España define las participaciones preferentes 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 (en el caso de las entidades de crédito, el Banco de España)”.

Complementando esta definición, la Comisión Nacional del Mercado de Valores considera que las participaciones preferentes “son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada.

Su remuneración el primer año suele ser fija. A partir del segundo normalmente está referenciada al Euribor (o a algún otro tpo de referencia) más un determinado diferencial. Esta remuneración está condicionada a que la entidad emisora de las participaciones obtenga beneficios suficientes.

Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido”.

Por lo que hace referencia a su regulación legal, las participaciones preferentes se encuentran reguladas 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, introducida en ésta norma por la Ley 19/2003, de 4 de julio, (modificada por el art. 1.10 de la Ley 6/2011, de 11 de abril), por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, con la función de determinar las condiciones para admitir como recursos propios de las entidades de crédito a los que denomina instrumentos de capital híbridos, entre los que se incluye la participación preferente y obligaciones subordinadas

La normativa ha sido nuevamente modificada por el Real Decreto -ley 24/2.012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (intervenidas) publicado en el BOE 31/08/2.012 que entró en vigor el mismo día.





La citada Ley 13/1985 recoge en su artículo 7, entre los recursos propios de las entidades de crédito las participaciones preferentes y luego las define en su Disposición Adicional 2º del siguiente modo "Las participaciones preferentes a que se refiere el artículo séptimo de esta Ley tendrán que cumplir los siguientes requisitos:

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

b) En los supuestos de emisiones realizadas por una sociedad filial de las previstas en la letra a), los recursos obtenidos deberán estar invertidos en su totalidad, descontando gastos de emisión y gestión, y de forma permanente, en la entidad de crédito dominante de la filial emisora, de manera que queden directamente afectos a los riesgos y situación financiera de dicha entidad de crédito dominante y de la de su grupo o subgrupo consolidable al que pertenece, de acuerdo con lo que se indica en las letras siguientes.

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

g) Cotizar en mercados secundarios organizados.

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

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

j) En el momento de realizar una emisión, el importe nominal en circulación no podrá ser superior al 30 por ciento de los recursos propios básicos del grupo o subgrupo consolidable al que pertenece la entidad dominante de la filial emisora, incluido el importe de la propia emisión, sin perjuicio de las limitaciones adicionales que puedan establecerse a efectos de solvencia. Si dicho porcentaje

Signat per

Codi Segur de Verificació:

Document electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar:  
<https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Data i hora 13/02/2015 12:39

Pàgina 10 de 30



se sobrepasara una vez realizada la emisión, la entidad de crédito deberá presentar ante el Banco de España para su autorización un plan para retornar al cumplimiento de dicho porcentaje. El Banco de España podrá modificar el indicado porcentaje, si bien no podrá ser nunca mayor del 35 por ciento.

k) La oferta pública de venta ha de contar con un tramo dirigido exclusivamente a clientes profesionales de al menos el 50% del total de la emisión, sin que el número total de tales inversores pueda ser inferior a 50, y sin que sea de aplicación a este supuesto lo previsto en el art. 78 bis. 3. e) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

l) En el caso de emisiones de entidades que no sean sociedades cotizadas, en los términos del art. 495 de la Ley de Sociedades de Capital, el valor nominal unitario mínimo de las participaciones preferentes será de 100.000 euros y en el caso de las restantes emisiones, el valor nominal unitario mínimo de las participaciones preferentes será de 25.000 euros.

2. El régimen fiscal de las participaciones preferentes emitidas en las condiciones establecidas en el apartado anterior será el siguiente:

a) La remuneración a que se refiere la letra c) del apartado anterior tendrá la consideración de gasto deducible para la entidad emisora.

b) Las rentas derivadas de las participaciones preferentes se calificarán como rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del art. 25 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

c) En los supuestos de emisiones realizadas por una sociedad filial, no estarán sometidos a retención alguna los rendimientos generados por el depósito de los recursos obtenidos en la entidad de crédito dominante, siendo de aplicación en su caso, la exención establecida en la letra f) del apartado 1 del art. 14 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo.

d) Las rentas derivadas de las participaciones preferentes obtenidas por sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de no Residentes sin establecimiento permanente estarán exentas de dicho impuesto en los mismos términos establecidos para los rendimientos derivados de la deuda pública en el art. 14 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo.

e) Las operaciones derivadas de la emisión de participaciones preferentes estarán exentas de la modalidad de operaciones societarias del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.



3. La entidad de crédito dominante de un grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito tendrá la obligación de informar a la Administración tributaria y a las instituciones encargadas de la supervisión financiera, en la forma en que reglamentariamente se establezca, de las actividades realizadas por las filiales a que se refiere la letra a) del apartado 1 de esta Disposición adicional y de la identidad de los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, que sean titulares de los valores emitidos por aquéllas, así como los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de no Residentes que obtengan rentas procedentes de tales valores mediante establecimiento permanente situado en territorio español.

4. Lo dispuesto en esta Disposición adicional será igualmente aplicable en los supuestos en los que la entidad dominante a que se refiere la letra a) de su apartado 1 sea una entidad que se rija por el derecho de otro Estado.

5. El régimen previsto en los apartados 2 y 3 de esta Disposición será también aplicable a las emisiones de instrumentos de deuda realizadas por entidades que cumplan los requisitos de la letra a) del apartado 1 y que coticen en mercados organizados. Además, en el caso de emisiones realizadas por una entidad filial su actividad u objeto exclusivo será la emisión de participaciones preferentes y/u otros instrumentos financieros y deberán cumplirse los requisitos de cotización en mercados organizados y de inversión en la entidad dominante que se establecen en las letras g) y b) de dicho apartado. Igualmente, resultará aplicable el citado régimen a los valores cotizados en mercados organizados y emitidos con cargo a fondos de titulización hipotecaria, regulados por la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria y a fondos de titulización de activos regulados por la Disposición adicional quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la segunda directiva de coordinación bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero.

6. Lo dispuesto en esta Disposición adicional será aplicable, igualmente, a las participaciones preferentes o a otros instrumentos de deuda emitidos por entidades cotizadas que no sean de crédito o por una sociedad residente en España o en un territorio de la Unión Europea, que no tenga la consideración de paraíso fiscal, y cuyos derechos de voto correspondan en su totalidad, directa o indirectamente, a entidades cotizadas que no sean de crédito. En estos casos, para proceder a la amortización anticipada no será necesaria la autorización prevista en la letra f) del apartado 1.

7. A las emisiones de instrumentos de deuda a las que se refieren los dos apartados precedentes no les será de aplicación la limitación impuesta, por razones de capital y de reservas, en los arts. 405 y 411 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital ni en relación con la sociedad emisora ni con la sociedad dominante del grupo”.

Signat per

Codi Segur de Verificació:

Document electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar:  
<https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Data i hora 13/02/2015 12:39

Pàgina 12 de 30



#### **CUARTO. CARACTERÍSTICAS Y NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES PREFERENTES**

De todas estas definiciones indicadas en el fundamento jurídico anterior se infiere que las obligaciones preferentes son un negocio de naturaleza compleja híbrido 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 período. Como tal tiene las siguientes características esenciales:

- a) Es un elemento destinado a que una entidad financiera obtenga recursos propios, lo que significa que es una forma de obtener financiación para ella. Implica una aportación de capital a dicha entidad sin que como contrapartida la persona que adquiera estas participaciones tenga ningún derecho político en la misma.
- b) Se obtiene una rentabilidad indefinida dado que la rentabilidad de la participación preferente está condicionada legalmente a los resultados económicos de la entidad emisora. Esto conlleva que, aunque la rentabilidad inicial pudiera ser más elevada que en un plazo fijo, si la entidad tiene problemas económicos la rentabilidad se verá reducida e incluso dejará de tener.
- c) Este negocio jurídico tiene naturaleza perpetua. La persona que ha suscrito las participaciones no puede recuperar su dinero, sin perjuicio de que la entidad emisora sí que puede amortizar dichos títulos a partir del quinto año con autorización del Banco de España. Esta autorización está subordinada a la situación económica de la entidad bancaria.
- d) La obtención de liquidez derivada de las participaciones preferentes por parte de la persona que las ha suscrito sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que ésta cotice. Esta característica las asimila a las acciones e implica que en los supuestos de crisis de la entidad financiera sea imposible la venta porque no habrá un tercero dispuesto a comprarla a dado que le entregaría su dinero a dicha entidad sin obtener beneficio alguno.

De todas estas características se infiere, tal y como indicaré al analizar el vicio del consentimiento alegado por la parte actora, que es esencial que al cliente se le informe y sea consciente de estas características de las obligaciones, de la subordinación a la marcha económica de la entidad financiera y, por tanto, de la situación actual de la misma.

#### **QUINTO. CONCEPTO DE OBLIGACIÓN SUBORDINADA**

El Banco de España define la deuda u obligación subordinada como un "Instrumento de renta fija emitido con características inferiores a las emisiones normales, principalmente porque su titular queda por detrás de todos los



acreedores comunes en preferencia de cobro (orden de prelación). En el caso de las entidades de crédito esta deuda es considerada, junto a las participaciones preferentes, un instrumento híbrido de capital, en el sentido de que cumple ciertos requisitos que lo asemejan parcialmente al capital ordinario de las entidades de crédito, y es computable como recursos propios de las entidades.”

Complementando esta definición, la Comisión Nacional del Mercado de Valores considera las obligaciones subordinadas como obligaciones emitidas “por empresas a medio y largo plazo, cuyas características pueden variar considerablemente de una a otra, e incluso en distintas emisiones de una misma compañía. Estas diferencias pueden ser la fecha de vencimiento, tipo de cupones, interés, periodicidad de los pagos de emisión y amortización, las y otras cláusulas de amortización y condiciones de emisión, las opciones de convertibilidad si las hubiera, la prelación de derechos en caso de liquidación, o las garantías ofrecidas, entre otras.

Así, podemos encontrar bonos y obligaciones simples, obligaciones subordinadas (que a efectos de la prelación de créditos, se sitúan detrás de todos los acreedores comunes) o bonos y obligaciones indexados, referenciados o indexados (cuya rentabilidad se vincula a la evolución de un índice, cesta de acciones, etc.). El inversor debe tener en cuenta que si la evolución de dichas referencias es desfavorable, podría no recibir ningún rendimiento o incluso sufrir pérdidas. En estos casos, además del riesgo de evolución de tipos de interés que afecta a toda la renta fija, se asume el riesgo del índice de referencia.

(...)

La colocación en mercado primario se realiza de acuerdo con el procedimiento de colocación descrito en el Folleto Informativo y en el resumen.

La estructura económica de las obligaciones subordinadas es idéntica a la de las obligaciones simples; la diferencia reside en su situación jurídica en caso de quiebra o procedimiento concursal del emisor. En la aplicación de las reglas de prelación de créditos, las obligaciones subordinadas se sitúan detrás de los acreedores comunes. Este tipo de emisiones las llevan a cabo las entidades de crédito, bancos y cajas, porque les computan como recursos propios al calcular la ratio de solvencia exigido por el Banco de España. De lo anterior cabe deducir que la deuda subordinada debe tener una rentabilidad mayor que la deuda simple emitida por la misma entidad y al mismo plazo.

Por otro lado se encuentran las obligaciones subordinadas especiales, con características diferentes de las dos anteriores. En primer lugar, no tienen un plazo de vencimiento, es decir, pueden llegar a ser perpetuas (la entidad no está obligada a reembolsar nunca su principal). En segundo lugar, se prevé el diferimiento del pago de intereses en caso de pérdidas de la entidad. Por último, el inversor podría llegar a perder hasta el 100% del importe invertido, así como



los intereses devengados y no pagados, si la entidad necesitara absorber pérdidas, una vez agotadas las reservas y los recursos asimilables al capital (como por ejemplo las participaciones preferentes). En cuanto a la aplicación de las reglas de prelación de créditos, bajo un supuesto de procedimiento concursal o quiebra, las obligaciones subordinadas especiales se situarán detrás de las deudas subordinadas no calificadas como especiales, y delante de las participaciones preferentes.”

Por lo que hace referencia a su regulación legal, las obligaciones subordinadas se encuentran previstas como recursos propios en de las entidades de crédito en el artículo 7 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, introducida en ésta norma por la Ley 19/2003, de 4 de julio, de (modificada por el art. 1.10 la Ley 6/2011, de 11 de abril), por la que se o la transpone a nuestro Derecho Directiva 2009/111/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, con la función de determinar las condiciones para admitir como recursos propios de las entidades de crédito a los que denomina instrumentos de capital híbridos, entre los que se incluye la participación preferente y obligaciones subordinadas

La normativa ha sido nuevamente modificada por el Real Decreto -ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (intervenidas) publicado en el BOE 31/08/2012 que entró en vigor el mismo día.

#### **SEXTO. CARACTERÍSTICAS Y NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES SUBORDINADAS DE LA SEXTA EMISIÓN DE CAIXA CATALUÑA**

De todas estas definiciones indicadas en el fundamento jurídico anterior se infiere que las obligaciones subordinadas son un negocio de naturaleza compleja híbrido 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 viabilidad de la entidad financiera, y siendo relevantes las características propias de la emisión. Como tal y teniendo en cuenta las características de la sexta emisión de deuda subordinada de Caixa Catalunya que es la que adquirió la actora, sus características esenciales son las siguientes:

- a) Es un elemento destinado a que una entidad financiera obtenga recursos propios, lo que significa que es una forma de obtener financiación para ella. Implica una aportación de capital a dicha entidad sin que como contrapartida la persona que adquiera estas participaciones tenga ningún derecho político en la misma.
- b) Es una renta fija a largo plazo, que en el caso concreto vence el 19 de mayo de 2015. Dado que se adquirieron en noviembre de 2003, tienen una vigencia de poco más de 12 años.



c) Se obtiene una renta variable consistente en el Euribor a seis meses más un diferencial del 0,10, habiendo un interés nominal bruto del 3% y un tipo máximo del 6 %. El interés se obtiene por cupones que se pagan por meses vencidos.

d) La obtención de liquidez derivada de las deudas subordinadas por parte de la persona que las ha suscrito sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que ésta cotice. Esta característica las asimila a las acciones e implica que en los supuestos de crisis de la entidad financiera sea imposible la venta porque no habrá un tercero dispuesto a comprarla dado que le entregaría su dinero a dicha entidad sin obtener beneficio alguno.

e) El capital invertido no está garantizado por el Fondo de Garantía de Depósitos sino que la única garantía es el principio de responsabilidad patrimonial universal de la entidad emisora

f) En el supuesto de quiebra de la entidad financiera estos créditos estarían sólo por encima de las obligaciones preferentes, siendo en todo caso abonados antes que las deudas subordinadas las deudas ordinarias de la entidad que incluye: 1) depositarios, 2) titulares de obligaciones o de créditos con garantía real, 3) titulares de obligaciones ordinarias, y 4) otros acreedores ordinarios.

De todas estas características se infiere, tal y como indicaré en el fundamento jurídico siguiente, que es esencial que al cliente se le informe y sea consciente de estas características de las obligaciones, de la subordinación a la marcha económica de la entidad financiera y, por tanto, de la situación de la misma.

#### **SÉPTIMO. OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN EN ESTE TIPO DE INSTRUMENTOS FINANCIEROS. DEUDA SUBORDINADA ADQUIRIDA EN EL 2003**

En este caso se han realizado dos adquisiciones, la de deuda subordinada en el 2003 y las participaciones preferentes en el 2009, estando cada uno de estos contratos sometidos por una legislación diferente en cuanto a las obligaciones a asumir por la entidad bancaria al comercializar dichos productos.

Por lo que se refiere a la adquisición de deuda subordinada en el 2003, 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, en la redacción vigente en el momento de realizar la adquisición de la deuda subordinada, en su art. 2 viene a establecer como comprendidos dentro de su ámbito una serie de instrumentos financieros, entre los que se encuentran las participaciones preferentes en su artículo 7.1.h). Pasando a exigir en sus arts. 78 y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito) una serie de normas de conducta, tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente

Signat per

Codi Segur de Verificació:

Document electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar:  
<https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Data i hora 13/02/2015 12:39

Pàgina 16 de 30





informados.

Como desarrollo de las previsiones contenidas en la precitada Ley, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios -en la actualidad derogado por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, mas de aplicación al contrato de deuda subordinada de este procedimiento- vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento a observar más destacables en atención a las connotaciones del caso examinado, que 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 así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación 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, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos. En este sentido y por su importancia reproduciré el artículo 5 del Anexo del citado Real Decreto 629/1993 que indica expresamente<sup>1</sup>. 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.

5. Las entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la

Signat per

Codi Segur de Verificació:

Document electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar:  
<https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Data i hora 13/02/2015 12:39

Pàgina 17 de 30



prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes.

6. Deberán manifestarse a los clientes las vinculaciones económicas o de cualquier otro tipo que existan entre la entidad y otras entidades que puedan actuar de contrapartida.

7. Las entidades que realicen actividades de asesoramiento a sus clientes deberán:

- a) Comportarse leal, profesional e imparcialmente en la elaboración de informes.
- b) Poner en conocimiento de los clientes las vinculaciones relevantes, económicas o de cualquier otro tipo que existan o que vayan a establecerse entre dichas entidades y las proveedoras de los productos objeto de su asesoramiento.
- c) Abstenerse de negociar para sí antes de divulgar análisis o estudios que puedan afectar a un valor.
- d) Abstenerse de distribuir estudios o análisis que contengan recomendaciones de inversiones con el exclusivo objeto de beneficiar a la propia compañía.”

Igualmente la obligación de información clara y precisa en cualquier contratación estaba prevista en la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 vigente en el momento de la celebración de los contratos celebrados entre las partes, actualmente derogada por el actu al RDL 1/2007 por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

#### **OCTAVO. OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN EN ESTE TIPO DE INSTRUMENTOS FINANCIEROS. PARTICIPACIONES PREFERENTES ADQUIRIDAS EN EL 2009**

La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, tras su reforma por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en su art. 2 viene a establecer como comprendidos dentro de su ámbito una serie de instrumentos financieros, entre los que se encuentran las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas en su artículo 7.1.h). Pasando a exigir en sus arts. 78 y siguientes, a todas cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores (con mención, de forma expresa, a las entidades de crédito) una serie de normas de conducta, tales como, entre otras, las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

Relacionado con el deber de información la Ley 47/2007, de 19 de diciembre que transpuso al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2004/39 / CE del Parlamento Europeo y de Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modificaban las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE de Consejo y la Directiva 2000/12 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo y deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, que

Signat per

Codi Segur de Verificació:

Document electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar:  
<https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Data i hora 13/02/2015 12:39

Pàgina 18 de 30



modificó la Ley del Mercado de Valores de 1988 y dio una nueva redacción a los artículos 78 y siguiente en los que se impone la obligación de informar de manera clara a los clientes. En su desarrollo, el Decreto 217/2008 recoge también dicha obligatoriedad de informar a los clientes de manera clara y recoge la evaluación de idoneidad y de conveniencia en sus artículos 72 y 73, así como el contenido de la información a facilitar en los artículos 63 a 70.

Destacar simplemente la obligación de información que impone el artículo 79.bis de la LMV que en sus siete primeros apartados establece “. 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.

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. La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá requerir que en la información que se entregue a los inversores con carácter previo a la adquisición de un producto, se incluyan cuantas advertencias estimen necesarias relativas al instrumento financiero y, en particular, aquellas que destaquen que se trata de un producto no adecuado para inversores no profesionales debido a su complejidad. Igualmente, podrá requerir que estas advertencias se incluyan en los elementos publicitarios.

En el caso de valores distintos de acciones emitidos por una entidad de crédito, la información que se entregue a los inversores deberá incluir información adicional para destacar al inversor las diferencias de estos productos y los depósitos bancarios ordinarios en términos de rentabilidad, riesgo y liquidez. El Ministro de Economía y Competitividad o, con su habilitación expresa la

Signat per

Codi Segur de Verificació:

Document electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar:  
<https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Data i hora 13/02/2015 12:39

Pàgina 19 de 30



Comisión Nacional del Mercado de Valores, podrán precisar los términos de la citada información adicional.

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. La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá requerir que en la información que se entregue a los inversores con carácter previo a la adquisición de un producto, se incluyan cuantas advertencias estimen necesarias relativas al instrumento financiero y, en particular, aquellas que destaquen que se trata de un producto no adecuado para inversores no profesionales debido a su complejidad. Igualmente, podrá requerir que estas advertencias se incluyan en los elementos publicitarios.

En el caso de valores distintos de acciones emitidos por una entidad de crédito, la información que se entregue a los inversores deberá incluir información adicional para destacar al inversor las diferencias de estos productos y los depósitos bancarios ordinarios en términos de rentabilidad, riesgo y liquidez. El Ministro de Economía y Competitividad o, con su habilitación expresa la Comisión Nacional del Mercado de Valores, podrán precisar los términos de la citada información adicional Véase Circ. 3/2013 de 12 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre desarrollo de determinadas obligaciones de información a los clientes a los que se les prestan servicios de inversión, en relación con la evaluación de la conveniencia e idoneidad de los instrumentos financieros.

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”

6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.

7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y



experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

Cuando, sobre la base de esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sean adecuados para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado”.

A este deber de información hay que añadir la exigencia que impone este precepto de obtener información sobre el cliente para ver si el instrumento es apropiado o no para él teniendo en cuenta sus conocimientos. Este deber de información de la entidad de crédito es lo que se conoce como normativa MIFID introducida por la Directiva 2004/39/CE traspuesta en España con la Ley 47/2007. Los objetivos de la directiva MIFID son los de mejorar las medidas de protección de los inversores, con el objetivo de que las empresas que prestan servicios de inversión sean más transparentes y adecuen las ofertas de inversión al perfil del cliente (perfil de inversor) y, con ello se mejore la protección del inversor, reforzando la norma citada, entre otros, tres principios básicos que deben cumplir las entidades financieras cuando prestan servicios de inversión: a) Actuar de forma honesta, imparcial y profesional, en el mejor interés de los clientes, b) Proporcionar información imparcial, clara y no engañosa a sus clientes y c) Prestar servicios y ofrecer productos teniendo en cuenta las circunstancias personales de los clientes.

#### **NOVENO. OBLIGACIONES QUE ASUMÍA CAIXA CATALUNYA: ASESORAMIENTO O SIMPLE COMERCIALIZACIÓN O CONTRATO DE MANDATO.**

La parte demandada se opone a que se le pueda aplicar toda esta normativa y que se le tenga que exigir este deber de información porque no asumía ninguna obligación de asesoramiento, hecho que no implicaría incumplimiento alguno, sino que se limitaba a hacer de intermediario entre las órdenes de venta que realizaban los titulares de deuda subordinada y las órdenes de compra que realizaban los nuevos adquirentes de la misma como fue en este caso el actor, hecho que limitaría de todo el deber de información indicado en los fundamentos jurídicos anteriores.

El concepto de asesoramiento financiero se puede extraer del artículo 63.1 g) de la LMV que considera como tal “la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa

Signat

Codi Segur de Verificació

Document electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar:  
<https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Data i hora 13/02/2015 12:39

Pàgina 21 de 30



de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial”

Si se analiza la documentación que en este caso hay en la causa así como la declaración de la empleada de Catalunya Caixa que ha declarado como testigo considero que es claro que CATALUNYA BANC (antes CATALUÑA CAIXA) no asumía la condición de un simple comercializador del producto o mandatario entre las partes, haciendo recomendaciones genéricas a los clientes, sino que informaba al cliente de las operaciones que realizaba de forma personalizada asumiendo la función de asesoramiento financiero. En este sentido la testigo, Sra. Martino ha declarado que informaban a los clientes de las características de este producto, y que en el caso concreto le ofreció varios productos de la entidad entre los cuales estaban las participaciones preferentes adquiridas junto con un plazo fijo, que fue finalmente el producto que adquirió por lo que su intervención no era solo de un simple mandatario que ejecuta las órdenes que le da el cliente, sino que asume una obligación superior. Igualmente, si se analiza la documentación que consta en la causa también está implícita esta información de asesoramiento e información que asumía Catalunya Caixa puesto que, por ejemplo, en el documento 8 de la demanda se indica que la inversión resulta adecuada de acuerdo con el resultado del test de conveniencia, lo que implica que si tiene que determinar la conveniencia no puede ser un simple mandatario que ejecuta la orden que le da el cliente.

La jurisprudencia de los Juzgados de primera instancia que se ha manifestado sobre este extremo ante la alegación reiterada que hacen distintas entidades bancarias de que su actuación no era de asesoramiento, se ha manifestado a favor de entender que su actuación no es de simple comerciante, exigiéndole el deber de información previsto en la Ley del mercado de valores. En este sentido cabe citar, y sin ánimo exhaustivo, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 1 de Valencia de 17 de Junio del 2013 (ROJ: **SJPI 76/2013**), la del Juzgado de Primera Instancia 44 de Madrid de 9 de Abril del 2013 (ROJ: **SJPI 35/2013**), la del Juzgado de Primera Instancia 3 de Madrid de 8 de Abril del 2013 (ROJ: **SJPI 24/2013**), la del Juzgado de Primera Instancia 2 de Mataró de 14 de Marzo del 2013 (ROJ: **SJPI 30/2013**) o la del Juzgado de Primera Instancia 3 de Mataró de 25 de julio de 2013 (ROJ: **SJPI 74/2013**). También se ha pronunciado en este sentido la jurisprudencia de las Audiencias como es la Sentencia 356/2014 de la Sección 19 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de octubre de 2014 (FJ 3º) o la Sentencia 312/2014 de la Sección 18 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 29 de septiembre de 2014.

Esta teoría ha venido respaldada por la sentencia del Tribunal Supremo 354/2014 de 20 de enero de 2014 al resolver el recurso 879/2012 relativo a unos

Signat per

Codi Segur de Verificació:

Document electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar:  
<https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Data i hora 13/02/2015 12:39

Pàgina 22 de 30



swaps en que la entidad bancaria que los había comercializado negaba que se le pudiese considerar como prestataria de un asesoramiento, extremo negado por esta sentencia. Así el Tribunal Supremo, con citación de jurisprudencia del TJUE indica "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 Supremo 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)

Teniendo en cuenta esta doctrina y lo que he indicado anteriormente referente a la información y ofrecimiento a la actora de los productos contratados, tal y como han manifestado los trabajadores de la entidad bancaria, no se puede hablar de asesoramiento financiero.

#### **DÉCIMO. EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD POR EL ARTÍCULO 1101 DEL CÓDIGO CIVIL.**

La parte actora ejercita una acción de indemnización por incumplimiento contractual basada en el artículo 1101 Cc que establece que "quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que, en el cumplimiento de sus obligaciones incurriesen en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo, contravinieren al tenor de aquéllas".



Para que se pueda acudir a esta responsabilidad hay que acreditar el incumplimiento de alguna obligación por parte de uno de los contratantes ya se haya producido por dolo, negligencia o morosidad, la existencia de unos daños y un nexo causal entre esta actuación y el daño ocasionado. En este sentido se ha manifestado la jurisprudencia como es la Sentencia del Tribunal Supremo 366/2010 de fecha 15 de junio de 2010 que, con citación de amplia jurisprudencia de la misma Sala indica "Esta Sala, en efecto, tiene declarado que debe concurrir como requisito necesario para la aplicación del artículo 1101 CC , además del incumplimiento de la obligación por culpa o negligencia, la realidad de los perjuicios, es decir, que éstos sean probados, y el nexo causal eficiente entre la conducta del agente y los daños producidos ( SSTS de 24 de septiembre de 1994 , 6 de abril de 1995 , 22 de octubre de 1996 , 13 de mayo de 1997 , 19 de febrero de 1998 , 24 de mayo de 1999 , 31 de enero de 2001 , 3 de julio de 2001 , 5 de octubre de 2002 , 10 de julio de 2003 , 9 de marzo de 2005 , 19 de julio de 2007"

#### **UNDÉCIMO. INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS Y DE DILIGENCIA DE LA ENTIDAD BANCARIA Y EFECTOS DEL CANJE Y VENTA EN CUANTO A ACTOS PROPIOS**

La parte actora alega el incumplimiento contra actual porque la demandada incumplió con sus obligaciones de información y de actuar de forma diligente y con lealtad. En el caso de que se acredite alguno de estos incumplimientos, será suficiente para exigir los daños y perjuicios a la parte demandada, siempre y cuando haya un nexo causal entre este incumplimiento y los daños reclamados por la parte actora.

El primero de los elementos que se exige para reclamar la indemnización solicitada es que haya habido un incumplimiento por parte de la demandada. La parte demandada tenía obligación de informar a la parte actora de las características de los productos contratados en los términos indicados en el fundamento de derecho sexto, teniendo en cuenta las características de las obligaciones subordinadas que he expuesto en los fundamentos de derecho tercero y quinto. Si la parte actora no informó de las características del producto o lo hizo incorrectamente sigue se puede generar este tipo de responsabilidad por incumplimiento de esta obligación porque si le es imputable a título de dolo o negligencia siempre y cuando se pruebe que si el actor hubiese conocido las características del producto no los habría adquirido. Esto puede generar responsabilidad con independencia de que posteriormente el producto se haya cambiado por el canje obligatorio en acciones y que estas se hayan vendido al FGD, tal y como he indicado en el fundamento de derecho segundo. No cabe admitir que la actuación del FROB o en su caso la venta que el actor hizo de las acciones al FGD es la causa de la pérdida del capital que reclama el actor, puesto que la causa de la adquisición es, en su caso, la información facilitada

Signat per

Codi Segur de Verificació:

Document electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar:  
<https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Data i hora 13/02/2015 12:39

Pàgina 24 de 30





por la parte demandada y, en todo caso, el FROB lo que hizo es dar una solución a la falta de liquidez de los productos que la demandada había adquirido y que implicaban la pérdida total del capital para sus titulares, por lo que el FROB, más que crear el daño, lo que hizo fue reducirlo. Lo mismo cabe decir de la posterior venta de acciones al FGD dado que esto fue una solución del Gobierno para que los titulares de las participaciones preferentes y de las participaciones subordinadas no perdieran el importe íntegro de capital.

Sentado esto hay que ver que información facilitó la demandada a la actora y si omitió información relevante que provocó la adquisición de estos títulos, ya que si se hubiese conocido por el actor no se hubiese adquirido. En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la Sentencia 25/2014 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona de 28 de enero de 2014 al resolver el recurso 508/2013 que con citación de otras sentencias indica "Como se dijo en la sentencia de esta Sala en el Rollo 602/2013, con relación a las obligaciones preferentes "En el plano del nexo causal, la relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido no significa hacer responsable a la entidad prestadora de los servicios de inversión de la posterior insolvencia del emisor, sino que la deficiente información proporcionada le ha ocasionado un daño al inversor que, de haber sabido las características y riesgo del producto, no la hubiera adquirido. De tal modo es así que, si se hubiese dado cumplimiento a esta obligación debidamente, ningún perjuicio le podía haber sido reclamado al Banco por la sobrevenida pérdida de la inversión.

La STS de 18-4-2013, con relación a las obligaciones preferentes también da respuesta a este extremo: "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".

#### **DUODÉCIMO. INCUMPLIMIENTO DE LA DEMANDADA EN ESTE SUPUESTO. FALTA DE INFORMACIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL PRODUCTO**

Si se analiza la prueba documental que consta en las actuaciones, respecto a las obligaciones subordinadas de la sexta emisión, no hay muy poca prueba la información que se le facilitó. Así, ninguno de los dos testigos intervino en la contratación de la deuda subordinada, por lo que no se puede extraer ninguna conclusión de su declaración, y la única prueba documental existente en este sentido es el documento 7 de la demanda que es una libreta que indica "Libreta de deuda subordinada", están como titulares el Sr. [redacted] y la Sra. López y se indica manuscrito el tipo de interés de la emisión es "3-6%", lo que indica que el tipo de interés que se obtendrá estará entre dichos parámetros. Junto a esto están las distintas ventas realizadas entre el 2005 y el 2007.

Signat per

Codi Segur de Verificació:

Document electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar:  
<https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Data i hora 13/02/2015 12:39

Pàgina 25 de 30



Dado que sólo hay esta información es evidente que no consta acreditado que se informase adecuadamente de prácticamente ninguna de las características que respecto de las obligaciones subordinadas he indicado en los fundamentos de derecho quinto y sexto de esta sentencia. Si se tiene en cuenta que el banco tiene mayor facilidad de acreditar la información que él mismo ofreció, no puede considerarse acreditado más de que se le entregó una libreta como la de plazo fijo y que no se le informó de ninguna otra característica del producto, especialmente del hecho de que el mismo estaba ligado a la viabilidad económica de la entidad bancaria y que en el supuesto de pérdida o de quiebra podía perder todo o parte del capital, siendo esto un elemento esencial del que tiene que informar la entidad bancaria.

En materia de la información que tiene que facilitar la entidad bancaria y su acreditación, destacar la Sentencia 82/2014 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de marzo de 2014 que en un supuesto de preferentes, y tras analizar el marco legislativo aplicable a la información que tienen que facilitar las entidades bancarias en este tipo de productos indica expresamente: "Partiendo del contexto normativo expuesto en el fundamento jurídico tercero, corresponde al Banco la carga de la prueba ( art. 217 LEC) de que proporcionó al cliente la información necesaria para prestar un consentimiento informado sobre el producto a contratar.

Corresponde pues a la entidad financiera demanda, frente a las afirmaciones de la parte demandante, acreditar haber proporcionado la información completa y detallada del producto que se vendió a los actores, a tal fin, se hace referencia a la documentación que por parte de la entidad bancaria, se entrega a los clientes a raíz de cada una de las operaciones de compra, pero el mero hecho de que sean suscritos unos determinados documentos, por redactados por la entidad financiera, no implica sin más el conocimiento por parte de los actores de todas las circunstancias asociadas a la operación y a los riesgos a los que se sometía". En el mismo sentido se pronuncian la Sentencia 107/2014 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Burgos de 16 de abril de 2014, la Sentencia 60/2014 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de León de 11 de abril de 2014, la Sentencia 149/2014 de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, de 27 de marzo de 2014, así como la Sentencia 37/014 de la Sección 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de enero de 2014.

Por ello, considero que ante esta falta de prueba de que se facilitase una información concreta, clara y veraz del producto, la entidad bancaria incumplió las obligaciones que le imponía la normativa del mercado de valores vigente en dicho momento así como la normativa en materia de consumidores y usuarios cuando comercializó las obligaciones subordinadas al Sr. y a su esposa.

Por lo que se refiere a la falta de las participaciones preferentes consta más información en el procedimiento. En este caso está la orden de compra aportada como documento 8 de la demanda que tiene la siguiente información:

- Que se trata de participaciones preferentes de la serie A de Caixa



### Catalunya Preferential Issuance Limited

- El importe de cada uno de los títulos adquiridos y el precio total de los 25 títulos adquiridos
- Que se trata de un producto conservador indicado para inversores que quieran asumir pocos riesgos o con un plazo de inversión muy corto y que la rentabilidad esperada es cercana a la del Mercado Monetario
- Que para adquirir el producto se tiene que cursar a una orden en el mercado IAF re renta fija

Por lo que se refiere a la declaración de la empleada que realizó la venta, ha manifestado que se le indicó que eran títulos de renta fija y que si quería disponer de ello tenía que ir a un mercado secundario y cuando se le ha preguntado por los riesgos del producto ha declarado que no se era consciente de ningún riesgo, por lo que si no se era consciente del riesgo, no explicaba a los clientes que las participaciones preferentes dependían de la marcha de la entidad y que en caso de pérdidas de la misma podría dejar de percibir el interés y, dado que las participaciones preferentes pasaban a formar parte de los fondos propios de la entidad, podría llegar a perder el capital, y sin que se informase tampoco de cuál era la situación de la entidad.

Esto implica, sin llegar a entrar a analizar la capacidad que tenía el Sr. en el momento de firmar el contrato, que se cumplieron las obligaciones de información clara y veraz del producto puesto que no se le informó de riesgo alguno ni se le hicieron escenarios de cuál podría ser la evolución de la entidad bancaria, elemento esencial para valorar si puede haber alguna pérdida. No se puede considerar información adecuada en cuanto a riesgos el hecho que ha manifestado la trabajadora de la entidad bancaria de que como le dijo que se tenía que ir a adquirir el producto a un mercado secundario esto necesariamente implicaba que si no había mercado no se recuperaría. Esto no considero que sea una información clara porque, entre otras cosas, la orden de compra indica que se adquiere en el mercado de Renta Fija, lo que unido al hecho de que se comercializaba junto con una operación a plazo fijo, genera confusión y una persona de la edad del Sr. Aceituno, de 72 años como era el Sr. Aceituno en el momento de realizar la contratación, así como la Sra. López también de edad avanzada y que, aunque no firmase era cotitular de la adquisición, no podían comprender por sí solos si no se les explicaba de manera clara y directa. Hay que tener en cuenta que, según el test de conveniencia el Sr. solo tenía estudios primarios, no tenía conocimientos financieros y no había adquirido productos con riesgo de capital. Igualmente, tampoco se le informó de que si la entidad entraba en quiebra podía perder todo o parte del capital y que el mismo no estaba garantizado ni por el Fondo de Garantía de Depósitos ni por ninguna otra entidad.

Por todo ello, al no estar analizando aquí un vicio de consentimiento, sino un incumplimiento de obligaciones, considero que con lo manifestado ya se da por acreditado el incumplimiento de las obligaciones impuestas a la entidad por la normativa del mercado de valores y por la de defensa de los consumidores, sin tener que entrar a valorar la capacidad del Sr. No obstante, simplemente indicar que la capacidad de las personas se presume y el



documento 5 no vale por sí solo para acreditar su falta de capacidad puesto que el mismo solo indica que en el 2010 se reconoció al Sr. Aceituno un grado II y nivel II de dependencia y esto no acredita dicha incapacidad puesto que ese grado de incapacidad se puede obtener también por cuestiones físicas independientemente de la capacidad para contratar.

### **DECIMOTERCERO. RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL INCUMPLIMIENTO DE LA ENTIDAD Y LA ADQUISICIÓN DE LA DEUDA SUBORDINADA Y DE PARTICIPACIONES PREFERENTES**

Acreditado este incumplimiento en el fundamento jurídico anterior, hay que ver si el mismo fue causa de la contratación, puesto que esta es la única posibilidad para poder exigir daños perjuicios a la entidad demandada. De la documentación que consta en las actuaciones, especialmente del documento bis y siguientes, así como del test de conveniencia se acredita que tanto el Sr. Aceituno como su esposa solo habían invertido en productos que no implicaban riesgo alguno de capital y que no tenían conocimientos para invertir en productos que supusiesen riesgo de capital como era el caso tanto de la deuda subordinada como de las participaciones preferentes. Por ello, razonablemente se puede suponer que si se hubiese explicado el hecho de que se podía perder todo o parte del capital no se hubiese invertido en dichos productos.

Esto es más fácil de entender en el supuesto de las participaciones preferentes que son de vencimiento perpetuo. Si se analizan los documentos 4 y siguientes se acredita que en el momento de la contratación de las participaciones preferentes (26 de noviembre de 2009), hacía 10 días que se había presentado se había solicitado una persona para atender a la Sra. López que tenía Alzheimer, y racionalmente se podía pensar que se tendría que contratar a alguien para cuidarla o para llevarla a una residencia, cuestiones ambas que implican una necesidad de disponibilidad de dinero y que hacen inviable, según o las reglas de la sana crítica que si al Sr. , a su hija, en el caso de que le acompañase se le informase claramente de que las participaciones preferentes eran de naturaleza perpetua, que pudiera ser que no las recuperasen si no había nadie que las quería comprar, hubiesen optado por adquirir dicho producto. Igualmente en esas circunstancias, las reglas de la sana crítica indican que si se informa que los 25.000 € que entregaron lo hacían para hacer frente a los fondos propios de una entidad cuya sede estaba en las Islas Caimán, y que en el caso de quiebra de dicha entidad perderían todo su dinero, en las circunstancias de la Sra. López y del Sr. , no se habría adquirido dicho producto.

Por todo ello, considero que el incumplimiento de la obligación de la entidad de dar una información clara y real y completa de los productos que estaba ofreciendo, es la causa de que los actores adquirieran las obligaciones subordinadas y las participaciones preferentes y que, sin dicho incumplimiento no se habría producido la pérdida de capital que ahora reclama como daño.

Signat per

Codi Segur de Verificació:

Document electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar:  
<https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Data i hora 13/02/2015 12:39

Pàgina 28 de 30



Esto implica que, en aplicación de lo establecido en el artículo 1101 Cc la parte demandada tiene que abonar los daños ocasionados por el incumplimiento de su obligación de información.

#### **DECIMOCUARTO. DAÑOS CAUSADOS A LA PARTE ACTORA**

La parte actora niega que los daños sea la cifra de 23.068,79 € que reclama la actora puesto que habría que descontar los beneficios obtenidos durante la vigencia de los contratos y que es de 5.570,66 €. Considero que el importe percibido no se puede restar sin más para disminuir el importe del daño puesto que no se puede olvidar que dada la cantidad de dinero que la actora ingresó en la entidad demandada, si no lo hubiese puesto en obligaciones subordinadas lo hubiese puesto en otro producto seguro, el plazo fijo u otro con capital asegurado que también genera intereses, hecho que implica que necesariamente también se tengan que tener en cuenta los rendimientos dejados de percibir para saber si los recibidos se compensan con lo que hubiese o percibido si hubiese colocado el dinero en plazo fijo o en otro producto sin riesgo que es lo que quería la actora.

En este sentido indicar que la actora depositó el 5 de noviembre de 2003 72.000 € en deuda subordinada, que vendió posteriormente, quedando sólo 28.500 € desde el 2 de febrero de 2007. En el momento del depósito, el interés a plazo a un año en el mes de noviembre según el Banco de España estaba al 2,68 %, lo que implicaba 763,80 € anuales solo respecto de los 28.500 € que se conservan. Esto implica que en diez años, que es lo que se tardó en interponer la demanda, ya el interés que se hubiese percibido en un plazo fijo sería mayor que los 5.570,66 € que el demandado quiere descontar, sin olvidar que hay momentos en que el tipo de interés estuvo más alto y que hay que tener en cuenta también lo que se hubiese percibido con el dinero invertido en las participaciones preferentes en el 2009 que, como ya se sobrepasa la cifra que quiere descontar el demandado, no lo tengo en cuenta a efectos de fijar el interés que se podía haber percibido si no se hubiese invertido en dichos productos.

Por todo ello, que lo obtenido por la actora como rendimiento de la deuda subordinada y de las participaciones preferentes no se puede considerar desproporcionado, ni inviable en otro tipo de producto seguro, por lo que su importe no se puede deducir para disminuir el importe del daño, siendo éste el total del capital que ha perdido que es el daño concreto que se ha indicado y que se ha cifrado en 23.068,79 €.

#### **DÉCIMOQUINTO. INTERESES**

Signat per

Codi Segur de Verificació:

Document electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar:  
<https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Data i hora 13/02/2015 12:39

Pàgina 29 de 30



Los intereses legales se meritan desde la reclamación judicial o extrajudicial de la deuda conforme a los artículos 1108 y 1109 Cc, por lo que en este caso dado que no consta reclamación extrajudicial concreta de la cantidad que aquí se reclama, hay que imponer los intereses del principal desde la reclamación judicial. Este interés se meritara hasta la fecha de la sentencia y desde la sentencia serán de aplicación el interés legal incrementado en dos puntos que recoge el artículo 576 LEC.

#### DECIMOSEXTO. COSTAS

En materia de costas, el art.394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el Tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En el caso de estimación parcial cada parte abonará sus costas.

Teniendo en cuenta los fundamentos anteriores, y dado que hago una estimación de la demanda procede imponer las costas a la demandada.

#### FALLO

ESTIMO la demanda de juicio ordinario presentada por el procurador Raúl Rodríguez Nieto en representación de en representación de ANUÑA LÓPEZ (representada por sus hijos) , y de e contra CATALUNYA BANC SA y declaro el incumplimiento por parte de CATALUNYA BANC SA de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de los instrumentos objeto de la presente demanda, en los términos recogidos en la misma, y en consecuencia, condeno a la demandada a que abone a la actora la cantidad de VEINTITRÉS MIL SESENTA Y OCHO EUROS CON SETENTA Y NUEVE CÉNTIMOS (23.068,79 €), más los intereses legales desde la reclamación judicial con imposición de costas a la demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días desde su notificación, recurso que, en su caso, se presentará ante este Tribunal y será resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona. Para recurrir, salvo que se disponga del beneficio de justicia gratuita se tendrán que consignar 50 € en la cuenta del Juzgado.

Así lo acuerdo, mando y firmo.

Signat per

Codi Segur de Verificació:

Document electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar:  
<https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Data i hora 13/02/2015 12:39

Pàgina 30 de 30

