



Expediente 10441

Cliente... : JORGE ... y MARTA ...
Contrario : NCG BANCO SA
Asunto... : JUICIO VERBAL 102/14-C
Juzgado.. : PRIMERA INSTANCIA 03 PRAT DE LLOBREGAT, EL

Resumen

Resolución

03.09.2014 SENTEN Resolución de fecha 31.07.14.- Sentencia estimando nuestra demanda, con imposición de costas al adverso.-

Recordatorio de las últimas anotaciones en el historial del expediente:

13.05.2014 DILIGE Resolución de fecha 09.05.14.-
09.05.2014 TRASLA traslado de escrito de adverso.-
08.05.2014 DILIGE Resolución de fecha 5.05.14.-
30.04.2014 TRASLA traslado de escrito de adverso.-
29.04.2014 DILIGE Resolución de fecha 23.04.14.-

Saludos Cordiales

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3 EL PRAT DE LLOBREGAT

Juicio Verbal 102/14-C

JORGE GARCÍA FERNÁNDEZ
A CORTINAS BOIXADERA**DEMANDADO: NCG BANCO, S.A.****SENTENCIA NÚM. 82/2014**

Que dicto yo, D^a Rebeca Fernández Bacarizo, Magistrada-Juez en sustitución del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de El Prat de Llobregat, en esta ciudad, a 31 de julio de 2014.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 13 de marzo de 2014 se presentó por el Procurador don Juan Álvaro Ferrer Pons, en nombre y representación de don Jorge [REDACTED] [REDACTED] y doña Marta [REDACTED], demanda de juicio verbal contra NCG Banco, S.A. en ejercicio de la acción de incumplimiento contractual e indemnización de daños y perjuicios.

SEGUNDO.- Turnada a este Juzgado se dictó Decreto de admisión a trámite de fecha 27 de marzo de 2014 en el que se daba traslado de la demanda a la parte demandada y se citaba a las partes a la celebración de la vista que tendría lugar el día 13 de mayo de 2014, a las 9.30 horas.

TERCERO. Llegado el día señalado para la vista, la parte actora se ratificó en el escrito de demanda y la parte demandada procedió a contestar en el acto de la vista. A continuación, cada parte propuso sus medios de prueba, consistentes por la parte actora en la reproducción de la documental, el reconocimiento judicial del Sr. [REDACTED] y una testifical y por la parte demandada se interesó la reproducción de la documental.

Toda la prueba fue admitida, a excepción del reconocimiento judicial del Sr. [REDACTED], y practicada, tras lo cual cada parte formuló sus conclusiones, quedando a continuación las actuaciones vistas para Sentencia.

QUINTO.- En el presente procedimiento se han observado todos los presupuestos y plazos procesales a excepción del establecido para dictar sentencia, como consecuencia del volumen de trabajo del juzgado del que S.S^a es titular, el cual cuenta con causas civiles y penales, con preferencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora ejercita una acción indemnizatoria por incumplimiento contractual, solicitando se condene a la parte demandada a pagar a los actores como indemnización de daños y perjuicios la cantidad de 5.541,82 euros, así como el interés legal del dinero de la citada cantidad desde el 4 de julio de 2013 hasta la fecha de la sentencia, por los perjuicios sufridos por la suscripción de participaciones preferentes el día 21 de abril de 2009 por importe de 20.000 euros, con el posterior canje por acciones y venta al Fondo de Garantía de Depósitos por importe de 11.102,32 euros, resultando unos perjuicios de 8.897,68 euros, aminorados por los intereses obtenidos por los actores. En este sentido, basan los actores su demanda en el hecho de que fueran asesorados por la sucursal Caixa Novagalicia sita en Burela (Lugo), entidad desde que el Sr. Jorge [redacted] contaba con dieciseis años, para la suscripción de obligaciones preferentes, firmando la madre del Sr. García tanto el contrato de adquisición de preferentes por importe de 20.000 euros, como el supuesto test de conveniencia, por lo que el Sr. [redacted] y la Sra. [redacted] únicamente firmaron un contrato, el de depósito y administración de valores, en fecha 12 de mayo de 2009. Que los actores son sugeridos por la entidad demandada, para que suscriban las citadas participaciones preferentes, todo ello a pesar de que se trataba de un producto que no era aconsejable para un inversor minorista, dada la complejidad y la clasificación de la CNMV y por tanto, desaconsejable para inversores conservadores, como los actores, por lo que considera dicha parte que los actores prestaron un consentimiento viciado como consecuencia del abuso de confianza depositado por los clientes en la entidad, la cual en ningún momento les explicó de forma ajustada a la realidad las características del producto, lo que conllevó que los actores, bajo vicio del consentimiento o error, suscribieran las citadas participaciones preferentes. Por tanto, los actores contrataron el producto sin saber sus reales características y en especial los riesgos que asumían. Posteriormente, como consecuencia de haber quedado bloqueadas las preferentes, y no poder recuperar el dinero cuando ellos querían, por resolución del FROB de 7 de junio de 2013, se pudo realizar el canje de las participaciones por acciones de NCG BANCO, S.A., adquiriendo posteriormente el Fondo de Garantía de Depósitos -FGD- esas acciones por 11.102,32 euros, por lo que los actores perdieron el importe de 8.897,68 euros a la vista de que la cantidad invertida en participaciones preferentes era de 20.000 euros, cifra a la que debe minorarse o compensarse por los dividendos totales recibidos por importe de 3.355,86 euros, por lo que el perjuicio causado sería el ahora reclamado de 5.541,82 euros. Por tanto, a la vista del incumplimiento por parte de NCG BANCO, S.A. de sus obligaciones contractuales en la comercialización de las preferentes, así como de la existencia de un perjuicio económico como consecuencia de dicho incumplimiento, debe condenarse a la parte demandada a que abone a los actores una indemnización de 5.541,82 euros.

La demandada NCG BANCO, S.A. se opone a la demanda presentada de contrario y alega en primer lugar, que la contratación del producto no se hizo a instancia de la entidad a la que representa sino del propio actor Jorge [redacted], dado que había visto anunciado el citado producto en un periódico; que no es cierto que hubiera una recomendación por parte de la entidad; que en todo

3/14

momento fue informado de las características del producto, manifestando su interés por el mismo; que como consecuencia de que iba a trabajar a Barcelona, acordaron que fuera la madre quien firmara el contrato por medio de un poder y que se le hiciera a ella el test; que el importe percibido en concepto de dividendos es superior al declarado en el escrito de demanda, dado que es de 4.142,38 euros y no de 3.355,86 euros puesto que esta parte considera que la cantidad percibida en concepto de dividendos debe ser considerada en bruto y no en neto, previo pago de impuestos; y finalmente que con una lectura del producto y además una explicación del mismo era suficiente para que los actores pudieran conocer lo que se estaba contratando. No obstante, con carácter subsidiario, entiende dicha parte que debe ser estimada parcialmente la demanda en la cantidad de 4.755,30 euros, como consecuencia de que de la cantidad perdida por la venta de las acciones, de 8.897,68 euros, debe descontarse el importe de 4.142,38 euros por los dividendos brutos recibidos, por lo que el perjuicio que en su caso se habría causado a los actores sería no de 5.541,82 euros, sino de 4.755,30 euros.

SEGUNDO.- En el caso de autos, ejercita la parte actora una acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento por parte de la demandada NCG Banco, S.A. de las obligaciones legales y contractuales que le incumbían frente a los demandantes, más concretamente, del deber de información, diligencia y lealtad en relación a la adquisición de las

s preferentes.

No obstante, con carácter previo a examinar el ejercicio de la acción formulada por los actores y la existencia o no de algún tipo de incumplimiento por parte de la demandada, procede efectuar un análisis del ámbito normativo y naturaleza de las participaciones preferentes, a fin de comprender las exigencias de conocimiento del producto por los clientes, especialmente en orden a los riesgos asumidos.

Las participaciones preferentes se encuentran reguladas a través de 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 por la Ley 19/2003, de 4 de julio, modificada por 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, en función, especialmente, 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.

Dicha normativa ha sido parcialmente modificada nuevamente 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 y que entró

el mismo día.

La participación preferente es una clase de valor negociable que ha sido profusamente emitida por las entidades de crédito en los últimos años como

4/14

parte de su estrategia dirigida al saneamiento de sus balances ante la severa crisis financiera que les afecta. El objetivo que perseguían las entidades de crédito con la emisión de participaciones preferentes era sistemáticamente la de transformar en patrimonio neto el pasivo representado por el dinero que los suscriptores de aquéllas mantenían en régimen de contratos de depósito bancario de donde han sacado la mayor parte de las inversiones que las mismas representan, especialmente del dinero del pequeño ahorrador o cliente minorista captado a través del personal de sus respectivas oficinas, con las que el ahorrador mantiene un estrecho margen de confianza que se han visto convertidos, muchas veces sin pretenderlo, de ahorradores clásicos a

res de riesgo.

Las participaciones preferentes cumplen una función financiera de la entidad y computan como recursos propios, por lo que el dinero que se invierte en participaciones preferentes no constituye un pasivo en el balance de la entidad. El valor nominal de la participación preferente no es una deuda del emisor, por lo que el titular de la misma no tiene un derecho de crédito frente a la entidad, no pudiendo exigir el pago. La consecuencia de ello es que el riesgo del titular de la participación preferente es semejante, aunque no igual, al del titular de una acción. En la Disposición Adicional Segunda de esta ley se regulan los requisitos exigidos para la computabilidad de las participaciones preferentes como recursos propios. Esta Disposición Adicional Segunda fue redactada por el apartado diez del artículo primero 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, por la que se modificó la Ley 13/1985, la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores y el R.D. Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas.

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

En la misma línea, el Banco de España las define como un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor (en el caso de las entidades de crédito, el Banco de España).

En la meritada Disposición se desarrollan los requisitos de emisión de las participaciones preferentes y se señala como características de las mismas que no otorgan a sus titulares derechos políticos, salvo supuestos excepcionales, y

5/14

que no otorgan derechos de suscripción preferente respecto de futuras nuevas emisiones. Otra característica fundamental de las participaciones preferentes es que tienen carácter perpetuo, aunque el emisor puede 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. También se establece que el Banco de España puede condicionar su autorización a que la entidad sustituya las participaciones preferentes amortizadas por elementos de capital computables de igual o superior calidad. No se atribuye al titular de las mismas un derecho a la restitución de su valor nominal, por lo que es en efecto un valor perpetuo y sin vencimiento, indicándose expresamente en la letra b) de la Disposición Adicional Segunda que 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.

Debe destacarse que las participaciones preferentes cotizan en los mercados secundarios organizados y que, en los supuestos de liquidación o disolución 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, situándose, a efectos del orden de prelación de créditos y frente a lo que su nombre pueda erróneamente hacer interpretar, como inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuotapartícipes.

En relación a la rentabilidad de la participación preferente se infiere que el pago de la remuneración estará condicionado a la existencia de beneficios o reservas distribuibles en la entidad de crédito emisora o dominante. También ha de mencionarse que la liquidez de la participación preferente sólo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario, por lo que en supuestos de ausencia de rentabilidad hace difícil que se produzca la referida liquidez.

En definitiva, las participaciones preferentes son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto. Es un elemento jurídico a medio camino entre las acciones y las obligaciones de las sociedades. Se trata de un instrumento de captación de capital que consiste en la emisión de la deuda, cuyo rendimiento se concreta en el hipotético pago de unos intereses, condicionado a que la entidad tenga beneficios.

En este sentido dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 30 de enero de 2.013 que "las participaciones preferentes constituyen un producto complejo de difícil seguimiento de su rentabilidad y que cotiza en el mercado

6/14

secundario, lo que implica para el cliente mayores dificultades para conocer el resultado de su inversión y para proceder a su venta, y, correlativamente, incrementa la obligación exigible al banco sobre las vicisitudes que puedan rodear la inversión. La Comisión Nacional del Mercado de Valores ha indicado sobre este producto que "son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido....".

Las participaciones preferentes son un producto complejo, en modo alguno sencillo, destinado tradicionalmente a inversores con experiencia en instrumentos complejos, con plena consciencia de que existe un riesgo de pérdida de la inversión, de falta de liquidez inmediata y que requiere para su comprensión de conocimientos técnicos suficientes. En este sentido, cabe señalar que la Comisión Nacional del Mercado de Valores señala en su página web que las participaciones preferentes son un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido.

A pesar de ese carácter complejo del producto participaciones preferentes y de que tradicionalmente estaba destinado y era utilizado por inversores con experiencia en ese tipo de productos, lo cierto es que en el panorama financiero actual hemos asistido a la comercialización generalizada del mismo a personas que carecen de aquellos conocimientos. La comercialización masiva de las participaciones preferentes en los últimos años se ha debido fundamentalmente, como se señala en la sentencia de 23 de julio de 2013 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Asturias, "a la necesidad de financiación de determinadas entidades financieras, pues la inversión que realizaban los partícipes se integraba como patrimonio neto y no como pasivo, permitiendo mayor liquidez a las mismas; es decir, que iban dirigidas a transformar en patrimonio neto el pasivo de clientes de las entidades de crédito que tenían sus ahorros en depósitos bancarios, como una política de reforzamiento de sus recursos propios".

La referida sentencia concluye que "se trata de productos complejos, volátiles, 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. No confieren derechos políticos de ninguna clase, por lo que se suelen considerar como "cautivas" y subordinadas, calificación que contradice la apariencia de algún privilegio que le otorga su calificación como "preferentes", pues no conceden ninguna facultad que pueda calificarse como tal o como privilegio, pues producida la liquidación o disolución societaria, el tenedor de la participación preferente se coloca prácticamente al final del orden de prelación de los créditos, por detrás concretamente de todos los acreedores de la entidad, incluidos los subordinados y, tan sólo delante de los accionistas ordinarios, y en su caso, de los cuotapartícipes (apartado h) de la Disposición Adicional Segunda Ley 13/1985, según redacción dada por la Disposición Adicional

7/14

Tercera Ley 19/2003, de 4 de julio). Sin que tampoco pueda olvidarse la complejidad que encierra la vocación de perpetuidad insita en la naturaleza de dicho producto, pues al integrarse en los fondos propios de la entidad ya no existe un derecho de crédito a su devolución, sino que, antes al contrario, sólo constan dos formas de deshacerse de las mismas: la amortización anticipada, que decide de forma unilateral la sociedad, a partir del quinto año, o bien su transmisión en el mercado AIAF, de renta fija, prácticamente paralizado en el panorama financiero actual ante la falta de demanda".

En el plano de la información al inversor, debe señalarse que el RD 629/93 sobre normas de actuación en el mercado de valores, con referencia a la Ley 24/1988, ya obligaba a las entidades a proporcionar toda la información que pudiera ser relevante para que los clientes pudieran tomar una decisión del producto contratado.

La Ley 47/07 supuso la modificación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, para incorporar al Ordenamiento Jurídico español las siguientes Directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito. La Ley 47/07 hacía referencia a la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modificaba la Directiva MIFID (Markets in Financial Instruments Directive), cuya finalidad es proteger a los inversores estableciendo un régimen de transparencia para que los participantes en el mercado puedan evaluar las operaciones. Se trata de profundizar en la protección a la clientela, a través del incremento y mayor precisión de las obligaciones de las entidades financieras.

La normativa señalada constituye el marco esencial de la información que deben prestar las entidades de crédito a los clientes minoristas, debiendo comportarse con diligencia y transparencia, cuidando sus intereses como si fueran propios, debiendo también mantener, en todo momento, informados a los clientes. A lo que debe unirse que tal información ha de ser imparcial, clara y no engañosa y debe versar sobre los instrumentos financieros y las estrategias, naturaleza y los riesgos del tipo específico del instrumento financiero que se ofrece, que permita al cliente tomar decisiones sobre las inversiones con

nto de causa.

Las obligaciones de información se desarrollan detalladamente con la inclusión del artículo 79 bis. Para el cumplimiento de dichas obligaciones la entidad, en la fase previa a la celebración del contrato, tiene que asegurarse de los conocimientos, experiencia financiera y objetivos perseguidos por el cliente, mediante una evaluación de conveniencia o idoneidad. En concreto, en su apartado sexto se establece que "Cuando se preste el servicio de

8/14

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 aquél, 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."

El carácter indiscutiblemente complejo de las participaciones preferentes antes aludido, especialmente en los casos en que se comercializan a inversores sin conocimientos precisos, supone que la entidad bancaria debe ser extremadamente diligente en la obtención de la información sobre los datos esenciales de los clientes para conocer que el producto financiero puede ser ofrecido y también de que debe facilitarse la información precisa para que el cliente sea plenamente consciente del objeto del contrato y de las consecuencias del mismo, debiendo ser la entidad de crédito la que pruebe que ha cumplido con los deberes de información necesarios a tenor de la legislación vigente (sentencia de 4 de diciembre de 2.010 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos), exigiéndole a tal efecto la diligencia de un buen padre de familia, sino la de un ordenado empresario y representante legal, en defensa de los intereses de sus clientes (sentencia de 16 de diciembre de 2.010 de la Sec. 5ª de la Audiencia Provincial de Asturias). Por tanto, la información prestada unas condiciones objetivas de corrección (información clara, precisa, suficiente y tempestiva) y otras que podían calificarse de de "subjetivas" por atender a circunstancias concretas del cliente (experiencia, estudios, contratación previa de otros productos ...).

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013 , dictada en el ámbito de la interpretación de un contrato de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión por el que la entidad bancaria se obligo a prestar al inversor servicios de gestión precisos sobre los valores integrantes de la cartera de aquel, adquiriendo participaciones preferentes para su cliente nos enseña, que las empresas que realizan esos servicios de gestión discrecional de carteras de inversión, tienen la obligación de recabar información a sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, y la de suministrar con la debida diligencia a los clientes cuyas carteras de inversión gestionan una información clara y transparente, completa, concreta y de fácil comprensión para los mismos, que evite 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. Deben 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

9/14

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.

Añade que la empresa que gestiona la cartera del inversor ha de seguir las instrucciones del cliente en la realización de operaciones de gestión de los valores de la cartera, en las que las indicaciones del cliente sobre su perfil de riesgo y sus preferencias de inversión desempeñan una función integradora del contenido del contrato, fundamental en el caso del mandato (arts. 1719 del Código Civil y 254 y 255 del Código de Comercio), haciendo la función de instrucciones al gestor para el desarrollo de su obligación básica y que por eso es fundamental que al concertar el contrato las preguntas formuladas al cliente para que defina su perfil de riesgo y los valores de inversión que pueden ser adquiridos sean claras, y que el profesional informe al cliente sobre la exacta significación de los términos de las condiciones generales referidas a dicho extremo y le advierta sobre la existencia de posibles contradicciones que pongan de manifiesto que la información facilitada al cliente no ha sido

comprendida.

Añade la referida sentencia que al concertarse el contrato de gestión litigioso debió advertirse que los demandantes carecían de valores mobiliarios que aportarían para ser gestionados, siendo el Banco quien aconsejó la inversión. Además, se considera que la información facilitada por la entidad bancaria no fue suficiente teniendo cuenta la entidad de la relación contractual convenida. No hay suministro de información completa y clara al inversor, ni se actúa de buena fe cuando en el contrato se constata un perfil de riesgo muy bajo y contradictoriamente se elige una inversión en productos de alto riesgo. La entidad bancaria tiene que poner de manifiesto claramente la coherencia existente entre el perfil de riesgo y el producto aceptado por el cliente y de este modo asegurarse de que la información ofrecida es clara y ha sido entendida. Las indicaciones sobre el perfil de riesgo del cliente y sobre sus preferencias de inversión desempeñan una función integradora del contenido del contrato. Esa obligación de los bancos recabar de sus clientes datos sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión e informar de manera clara y transparente sobre los riesgos de las operaciones contratadas.

Por lo demás, se señala que los términos para advertir al inversor del riesgo no fueron claros y precisos. La información precontractual suministrada no cumple el estándar de información al no alertar sobre la complejidad del producto, riesgo que conlleva ni, desde luego, cumple esas exigencias el hecho de que se ofreciera facilitar el Banco los datos que le pidiera, pues la obligación de información que establece la normativa legal es un obligación activa y no de mera disponibilidad, por lo que se considera que se ha quebrantado la confianza que caracteriza este tipo de contratos al no informar sobre el riesgo que suponía la adquisición los valores incoherentes en relación con el perfil de riesgo muy bajo del cliente. En definitiva, el Tribunal Supremo considera que el banco no cumplió el estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible. Este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes

potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de adquiridas. 10/14

Todo ello revela que la participación preferente es un producto financiero jurídica y económicamente complejo.

TERCERO.- En segundo lugar, y con carácter previo a analizar las cuestiones controvertidas, debe indicarse, tal como refiere la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 25 de julio de 2013, que "la doctrina ha señalado que 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 experiencias 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".

Por ello 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".

La jurisprudencia más reciente recalca que es carga de la entidad demandada justificar la prestación de ese deber de información en la forma exigida por la ley, y así se indica por ejemplo en la Sentencia de la AP de Asturias, sección 7 del 28 de marzo de 2014. En el mismo sentido la sentencia de la AP de Girona de fecha 28 de enero de 2014 refiere que "centrándonos en la información precontractual que debía darse a los actores, la operada de la ley de mercado de valores por Ley 47/2007 de 19 de diciembre, que incorpora al ordenamiento español la directiva 2004/39/CE, obliga a tratar los intereses de los inversores "como si fueran propios" (artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores), a dar una información "imparcial, clara y no engañosa" (artículo 79 bis 2), con el deber

11/14

de facilitarles información comprensible "sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión" (artículo 79 bis 3), de suerte que tal información debe "incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias" (artículo 79 bis 3, pto. 3º), exigiendo, además, aunque no se preste el servicio de asesoramiento, un deber de la entidad de identificar la cualificación y conocimientos del inversor con relación a un concreto producto "con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente", debiendo advertir al cliente de su inadecuación cuando así lo sea (artículo 79 bis 7 de la Ley del Mercado de Valores)".

Por otra parte el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (RCL 2008, 407), que derogó el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo (RCL 1993, 1560), reguló en los artículos 60 , 62 y 64 los parámetros esenciales de la información que deben prestar las entidades y, en concreto y en lo que aquí interesa, en el primero de los mencionados preceptos se establece que "...b) La información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible, c) La información será suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios, d) La información no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes".

Por lo que a la vista de que en el presente caso el producto que adquirieron los demandantes está considerado oficialmente como un producto complejo de riesgo medio, siendo los actores unos clientes "minoristas", debiendo recordar, y así lo reseñan los tribunales, 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 ha dicho anteriormente, es complejo (art. 79 bis. 8 a) en relación con el artículo 2 apdos. 2 al 8 de la Ley del Mercado de Valores), lo que determina que aun cuando nos encontremos en una operación de comercialización y no de asesoramiento, la entidad queda obligada a prestar información con arreglo a lo establecido en el art. 79 de la

o de Valores.

CUARTO.- Por lo que a la vista de la naturaleza del producto adquirido, debe señalarse que dicha pretensión indemnizatoria encuentra su fundamento legal último en el art. 1101 CC y como tiene reiteradamente declarado la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, son necesarios la concurrencia de los siguientes requisitos: la preexistencia de una obligación, su incumplimiento debido a culpa o negligencia o falta de diligencia del demandado, la realidad de los perjuicios y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos .

Así, si entramos a analizar el caso concreto de autos, debe señalarse que en el presente supuesto en cuanto a la información precontractual, nos encontramos

12/14

con absoluta carencia de prueba, por cuanto ninguna prueba documental se aporta por la demandada, no se proporcionó a los actores ningún folleto informativo, no se les proporcionó ninguna información escrita previa respecto a las participaciones preferentes y tampoco consta que se informara a los actores de la diferencia entre lo que es un depósito a plazo, acciones y las participaciones preferentes; riesgos, ventajas o inconvenientes de la suscripción de unos u otros. Por lo que este hecho unido a la confianza depositada por los actores en la entidad comercializadora dado que en todo momento la contratación se efectuó con la sucursal número 109 de Caixa Novagalicia sita en Burela (Lugo), que era la entidad de siempre del Sr. Jorge [REDACTED], desde que éste tenía dieciseis años; al hecho de que el único contrato que se firmó por el Sr. Jorge [REDACTED] y Marta [REDACTED] fue el de depósito y administración de valores suscrito en fecha 12 de mayo de 2009 aportado como documento número 2 y al hecho de que sorprendentemente la orden de venta formalizada en fecha 20 de abril de 2009 la firmó la madre del Sr. [REDACTED] con un poder notarial otorgado y que el test de conveniencia realizado el 21 de abril de 2009, no se hizo a ninguno de los actores, sino a la madre del Sr. [REDACTED], considero que la entidad bancaria incurrió en una mala praxis puesto que obviamente incumplió el deber de información, realizó el test de conveniencia que es un acto personal que debe realizarse al adquirente/s a una tercera persona un poder notarial (documento 3, 4 y 5 de la demanda) y además no tuvo en cuenta el perfil de los actores, pequeños ahorradores y de perfil conservador.

Pero es que además el Sr. Nilo [REDACTED], empleado de la entidad demandada que depone en el acto de la vista en calidad de testigo, refiere que él fue el empleado de la entidad que comercializó el producto, que si bien en el caso de autos llamó el cliente para interesarse por el producto, él se lo recomendó, que les explicó que el producto tenía una rentabilidad alta, que no tenía plazo de vencimiento aunque sí lo querían vender no había ningún problema, lo único que tenía que avisar con unos meses de antelación, unos dos meses, no les dijo que era probable que no se pudieran vender en el mercado secundario, que en la fecha en la que se contrataron las participaciones preferentes no había ningún problema, no les explicó que pudieran perder parte del capital invertido, que es cierto que hicieron el test de conveniencia a la madre, que hoy día no lo haría así y lo hubieran hecho al titular, que les entregó la copia del contrato y la orden del valor, que los actores tenían un perfil conservador y carecían de

universitarios.

Por tanto, a la vista de la naturaleza compleja del producto, la ausencia de experiencia de los actores en este tipo de productos y la ausencia de conocimientos financieros, siendo unos clientes minoristas de perfil inversor conservador, conforme a la legislación y jurisprudencia indicadas, el banco debería haber extremado las precauciones a la hora de suministrar información, algo que no se hizo o que al menos no se ha acreditado que se hiciera a fin de que pudieran tener una información precisa y real del producto de riesgo que contrataban, y es que no se les entregó ninguna información por escrito antes de contratar, sino que simplemente se le explicó verbalmente el producto, sin ni tan siquiera llegar a hacerles el test de conveniencia a los actores, dado que se lo hicieron a la madre del Sr. [REDACTED] en base a que la misma tenía un poder

13/14

notarial, y ello a pesar de que en el propio acuerdo de servicios aportado como documento número 1 se hacía constar que la Caja realizaría la evaluación de la idoneidad y la conveniencia a cada uno de los intervinientes en la inversión.

Por lo que teniendo en cuenta dichas consideraciones, que incluso el testigo reconoce que el hecho de que la propia entidad quebrara no era real en el momento en que se contrataron las participaciones preferentes, de lo que puede colegirse que no advirtieron de riesgos en escenarios negativos porque simplemente no se contemplaban en aquél momento como probables, y la ausencia de información escrita previa en la fase precontractual supone que, en el mejor de los casos los actores conocían del producto solo aquello que les dijo el Sr. Nilo Lestao, y obviamente al tratarse de unos clientes sin experiencia inversora, poco podían entender de los riesgos reales del producto con la información verbal que el empleado de la entidad les suministraba, que en ningún caso era una información real que contemplara la verdadera naturaleza del producto, las características del mercado secundario y las dificultades de liquidez que podía tener el mismo, sino que más bien parece ser, a la vista de la declaración del testigo, que la información suministrada se atuvo a un «standard» en la que se destacaban aspectos atractivos como la alta rentabilidad pero se omitían datos relevantes sobre las dificultades de negociación en un mercado secundario en los casos de que, en el peor de los escenarios, llegara a desestabilizarse la economía.

Por tanto, a la vista de todo ello considero que la demandada NCG BANCO, S.A. no cumplió con su deber de informar suficiente, comprensible y clara acerca de las características del producto de inversión, su carácter perpetuo y riesgo tanto de suspensión de abono del rendimiento pactado como de pérdida ya sea parcial,(en caso de acudir al mercado secundario) ya total de capital invertido.

En consecuencia, dicho incumplimiento contractual imputable a la demandada en los términos señalados fue de una entidad tal como para generar la responsabilidad pretendida por la actora, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.089 , 1.091 y 1.100 , 1.101 y concordantes del Código Civil, por lo que procede la condena de la demandada a indemnizar a la actora por los daños y perjuicios causados y han de cifrarse, tal y como se solicita en la demanda, en la diferencia entre la cantidad invertida en participaciones preferentes de 20.000 euros y el importe de 11.102,32 euros obtenido como consecuencia del canje de las participaciones preferentes por acciones de NCG BANCO, S.A. y su posterior adquisición por el Fondo de Garantía de Depósitos - FGD, a la que debe minorarse o compensarse por los dividendos totales recibidos por importe de 3.355,86 euros, que es la realmente percibida por los demandantes, y la que debe ser tenida en cuenta para determinar los daños y perjuicios efectivamente ocasionados.

En consecuencia, a la vista del incumplimiento por parte de NCG BANCO, S.A. de sus obligaciones contractuales en la comercialización de las preferentes, así como de la existencia de un perjuicio económico como consecuencia de dicho incumplimiento, debe condenarse a la parte demandada a su indemnización a

14/14

los actores en la cantidad de 5.541,82 euros, como consecuencia de que los demandantes confiaron en los consejos del comercial que les atendió y se decidieron a comprar este producto precisamente en la confianza que les inspiraba, no teniendo que verse obligados a soportar pérdida alguna del capital invertido, cuando no se acredita que fueron informados de la posibilidad de no recuperar dicho nominal invertido para el caso de que no fueran amortizadas las participaciones por la entidad emisora ni producirse los sucesos que se han desarrollado.

QUINTO.- En cuanto a los intereses, procede condenar a la demandada al pago de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda hasta la fecha del pago, de conformidad con lo establecido en el art. 1.100 , 1.101 y

I Código Civil.

SEXTO.- Conforme al artículo 394 LEC las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas totalmente sus pretensiones, por lo que se ha de imponer a la demandada.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLO

ESTIMO la demanda instada por el Procurador don Juan Álvaro Ferrer Pons, en nombre y representación de don JORGE [REDACTED] y doña MARTA [REDACTED], contra NCG BANCO, S.A., por lo que procede:

- **CONDENAR** a la parte demandada a **PAGAR** a los actores, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, la cantidad de **CINCO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y UN EUROS CON OCHENTA Y DOS CÉNTIMOS EURO (5.541,82 euros)**, así como a pagar el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda hasta el efectivo pago.
- imponer las costas del presente procedimiento a la demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes, con la indicación de que la misma no es firme y contra ella cabe interponer **RECURSO DE APELACIÓN** cuyo enjuiciamiento corresponde a 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.

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

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