

**AUDIENCIA PROVINCIAL
DE BARCELONA**

Sección Decimosexta.
Rollo
Juicio ordinario
Juzgado de Primera Instancia número 8 de Barcelona.

S E N T E N C I A n° 14/2016

Ilmos. Sres.

D. JORDI SEGUÍ PUNTAS
Dña. INMACULADA ZAPATA CAMACHO
D. JOSE LUIS VALDIVIESO POLAINO

En la ciudad de Barcelona a 29 de enero de 2016e.

Vistos, en grado de apelación, ante la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, los autos de juicio ordinario número , seguidos por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Barcelona, a instancia de Dña.

; y Dña. , representadas por el procurador D. Pedro Moratal Sendra y defendidas por la abogada Dña. Montserrat Serrano Bartolomé, contra CATALUNYA BANC, S.A., representada por el procurador D. Ignacio de Anzizu Pigem y defendida por el abogado D.

, los cuales penden ante esta sala en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandada, contra la sentencia dictada por la juez del indicado Juzgado en fecha 11

de junio de 2014.

ANTECEDENTES DE HECHO:

Primero: La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda interpuesta por Doña _____ y Doña _____ contra CATALUNYA BANC, SOCIEDAD ANÓNIMA, declaro que la demandada incumplió sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de la deuda subordinada objeto de la demanda y condeno a Catalunya Banc, S.A. a indemnizar a las demandantes en la suma de VEINTICINCO MIL DOSCIENTOS VEINTICUATRO EUROS CON CUARENTA CÉNTIMOS (25.224,40 €) con más el interés legal desde la fecha de la interpelación judicial hasta la de esta sentencia y el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de esta resolución hasta la del pago.

Las costas del procedimiento se imponen a la parte demandada".

Segundo: Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada mediante escrito motivado, del que se dio traslado a la parte contraria, que lo impugnó, elevándose seguidamente las actuaciones a esta Audiencia Provincial, para la resolución del recurso planteado. Se señaló para votación y fallo el día 17 de diciembre último.

Tercero: En el procedimiento se han observado las prescripciones legales.

Visto, siendo ponente el magistrado señor Valdivieso Polaino.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Primero: Las demandantes adquirieron obligaciones de deuda subordinada de las sexta y séptima emisión de Caixa Catalunya, por un importe total de 112.500 euros. Las adquisiciones

tuvieron lugar en varias fechas, desde el 13 de enero de 2005 hasta el 3 de diciembre de 2010.

Las obligaciones en cuestión fueron convertidas en acciones de Catalunya Banc, S.A., en virtud de resolución del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria. El Fondo de Garantía de Depósitos ofreció la compra de las acciones y las demandantes las vendieron, por importe de 87.275,60 euros, o sea por 25.224,4 euros menos de lo que invirtieron.

Esta última cantidad es la que ha sido reclamada en el proceso. Las demandantes afirman que no fueron informadas debidamente sobre los títulos que compraban ni sobre los riesgos que comportaban. Como luego se produjo una pérdida económica a consecuencia de esa inversión hecha sin información previa, imputan la pérdida al incumplimiento por Caixa Catalunya de su obligación de informar y reclaman indemnización en el importe perdido.

El Juzgado estimó íntegramente la demanda.

Segundo: Compartimos las razones y la conclusión de la sentencia apelada, redactada con claridad y concisión encomiables.

Las operaciones tuvieron lugar tanto antes como después de introducirse en España la llamada directiva MiFID de la Unión Europea. Es indiferente si estamos o no en un caso de asesoramiento en materia de inversiones o si, más bien, nos movemos en el ámbito del artículo 79 bis.7 de la Ley del Mercado de Valores. Tanto en uno como en otro caso existía la obligación de informar a las demandantes, en particular sobre los riesgos que podía comportar la inversión.

Antes de las reformas de diciembre de 2007, que introdujeron el contenido de la citada directiva MiFID, el artículo 79 de la citada ley imponía a las entidades financieras la obligación de actuar con transparencia en interés de sus clientes. El artículo 78 imponía el deber de observar los códigos de conducta que aprobaba el Gobierno. El artículo 5 de ese código, que fue aprobado por el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, exigía que la información se entregase a tiempo y comprendiese los riesgos de la inversión.

Tras las indicadas reformas de 2007 se reforzaron las obligaciones de información. En particular en el citado artículo 79 bis.7 y en el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, cuyo artículo 62 impone la obligación de informar con antelación y en soporte duradero.

Si la normativa jurídica impone esos requisitos es porque considera que son imprescindibles para que el consentimiento se preste con conocimiento de causa. Luego si no se prestó la información o no se hizo en la forma exigida por las normas (con antelación y, a partir de 2008, en soporte duradero), la única consecuencia lógica es presumir que el consentimiento no se prestó válidamente, que hubo error. Se insiste en que las normas aplicables exigen unos requisitos determinados antes de que se contrate la inversión.

Si no se prueba que hubo información sobre un riesgo (en este caso la pérdida de una parte del capital) y luego ese riesgo se hace realidad, ha de presumirse que el perjuicio deriva de la falta de información, o sea del incumplimiento por la entidad de una de sus obligaciones, o de su cumplimiento negligente. Se presume el error por la falta de cumplimiento de la exigencias que las normas jurídicas imponen para evitarlo. O sea se presume, en este caso, desconocimiento del riesgo de pérdida del capital. Si el riesgo se transforma en perjuicio efectivo, ha de entenderse que el perjuicio deriva del incumplimiento de sus obligaciones por la entidad financiera. Se sufre una pérdida de cuya posibilidad no hubo información previa, o no la hubo en la forma en que las normas consideran necesario. Luego hay una relación de causa a efecto entre la conducta de la entidad que no informó en la forma exigible y el perjuicio sufrido. De ello nace la obligación de indemnizar, conforme al artículo 1101 del Código Civil.

Naturalmente esto puede no ser siempre así. Si el inversor tiene conocimientos propios no podrá hacerse derivar el perjuicio de la conducta de quien no informó en la forma establecida legal y reglamentariamente. En este caso tal cosa no consta en absoluto.

Tampoco es relevante el que en los documentos contractuales no se contuviese ninguna referencia a que se trataba de un

depósito o cosa parecida. En el ámbito bancario los depósitos son muy frecuentes y comportan determinadas garantías frente a pérdidas en caso de insolvencia de las entidades. Precisamente por ello la información previa suficiente es más necesaria en estos casos. Porque, pese a no mencionarse en los documentos la palabra depósito, la posibilidad de confundir la inversión con un depósito es muy alta, dada la frecuencia de los depósitos en el ámbito de actuación de las entidades financieras. Por eso no puede aquí acudirse al razonamiento según el cual la posibilidad de perder el dinero es obvia o notoria para el caso de quiebra de la entidad en la que se realiza la inversión.

Estos son, resumidos, los argumentos que fundan la responsabilidad de la demandada por razón de lo ocurrido.

Tercero: La demandada alega que es vital separar el título del negocio jurídico de adquisición del mismo. También se dice en el recurso que Caixa Catalunya se limitó a ejecutar órdenes o mandatos de compra.

No se discute que todo ello sea así. Del título nacen determinadas obligaciones, expuestas en las notas informativas aportadas con la contestación a la demanda. Pero las demandantes realizaron negocios jurídicos de inversión y lo hicieron porque la posibilidad de invertir les fue ofrecida por la caja de ahorros. Lo dijo la señora , empleada de la entidad que dirigía la oficina en que se realizaron las actuaciones.

Por tanto la demandada tenía la obligación de facilitar información a que se ha hecho referencia y de su incumplimiento, o de la falta de prueba de su cumplimiento, deriva la obligación de indemnizar en los perjuicios que derivaron de la realización del riesgo. Riesgo que era para el capital invertido, en forma distinta del que se sufre mediante otras inversiones en productos bancarios, para los que hay una cobertura determinada en caso de insolvencia de la entidad financiera.

Ello ocurre abstracción hecha de que hubiese o no hubiese asesoramiento en materia de inversión o de que, como se pretende por la recurrente, nos encontremos en el caso contemplado en

el número 7 del artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores. La obligación de informar, y de hacerlo en la forma expuesta, existía también si se trataba de simple comercialización de estos productos financieros.

Cuarto: En la alegación octava del recurso se dice que es incompatible que se solicite indemnización por daños y perjuicios por el inexistente incumplimiento de la obligación de informar en la fase de formación de la voluntad. Sería necesario (a efectos de generar la obligación de indemnizar) que el contrato no estuviera consumado. El error daría a las actoras la posibilidad de pedir la anulación o de confirmar el contrato

No se comparten tales razonamientos. Hubo un negocio jurídico, cualquiera que sea la calificación que se le quiera dar, lo cual es indiferente. La entidad financiera debía facilitar información. No prueba haberla facilitado y se produjo una pérdida, por las dificultades económicas de la caja de ahorros, que provocaron que se paralizase el mercado de compraventa de estos títulos. Las demandantes no tenían por qué pedir la anulación del contrato. Podían optar, como hicieron, por pedir que se les indemnizase conforme al principio de que quien incumple sus obligaciones ha de indemnizar los perjuicios que causa con ello. Que la inversión estuviese produciendo efectos durante años es irrelevante. El perjuicio terminó produciéndose porque hubo una pérdida de capital, y por tanto se generó el derecho a la indemnización.

Quinto: Efectivamente, como se razona en la alegación novena del recurso, la carga de probar qué información facilitó correspondía a la demandada. Ella debía facilitarla y por tanto ella debía probar que la facilitó. Cuando alguien tiene una obligación es ese alguien quien tiene la carga de probar que la cumplió. Ello no es, contra lo que se pretende en el segundo párrafo de dicha alegación novena, una excepción, sino la regla general en la materia.

La circunstancia de que las demandantes estuviesen en posesión de los títulos durante mucho tiempo es irrelevante. El perjuicio acabó produciéndose y fue entonces cuando nació

el derecho de las actoras a la indemnización, que podía por tanto ser ejercitado entonces, aunque hubiera pasado mucho tiempo desde la realización de la inversión. No hubo pérdida del derecho a la indemnización por transcurso del tiempo, lo que solo puede ocurrir por regla general por prescripción o caducidad.

La información que pudiese lograrse consultando a la Comisión Nacional del Mercado de Valores no puede anular las consecuencias del incumplimiento en que incurrió la caja de ahorros, precisamente porque las actoras no tenían por qué sospechar que tal falta de información había existido.

Por otra parte no es cierto, como se dice en la alegación duodécima del recurso, que se facilitasen folletos informativos a las demandantes. Ninguna prueba se ha aportado al respecto, como razona al sentencia apelada. La testigo señora dijo que se entregaban folletos informativos, pero la verdad es que prueba documental al respecto no la hay, y dicha testigo no fue quien atendió a las demandantes.

Sexto: En la alegación décima del recurso se hace referencia a la venta de las acciones al Fondo de Garantía de Depósitos y se dice que de ese solo hecho no puede derivarse responsabilidad de la demandada, porque no estamos en el campo de la responsabilidad objetiva.

Efectivamente así es. De lo que deriva la responsabilidad es de que, al vender, se produjo una pérdida, así como de que esa venta era la única posibilidad que tenían las demandantes de recuperar una parte de la inversión realizada. La pérdida fue producto de la crisis o insolvencia de la entidad. La venta de las acciones nada quita al derecho de las demandantes a reclamar por la falta de información, conforme se viene exponiendo.

En cualquier caso ha de afirmarse, como se ha hecho en todos los casos en que se ha considerado la repercusión que esa venta puede tener, que la enajenación de las acciones no afecta a los derechos de los adquirentes de este tipo de obligaciones, tanto si lo que piden es que se anulen los negocios jurídicos como si pretenden indemnización de los perjuicios sufridos.

Séptimo: El apartado decimotercero del recurso se refiere a la causa de los perjuicios producidos. Se habla de que la causa de lo ocurrido no fue la falta de información y se mencionan las circunstancias económicas globales, configuradoras de una grave crisis económica. En el momento de la emisión no podía preverse que un día la administración actuaría respecto a estas obligaciones subordinadas en la forma que se ha expuesto, ni que las demandantes accederían a vender las acciones para obtener una liquidez inmediata.

Todo ello puede ser cierto y por eso si hubiera habido información adecuada nada sería reprochable a la demandada. Los demandantes deberían haber soportado las pérdidas, como ocurre con cualquier inversor, precisamente porque las inversiones pueden ir bien o mal y en ello, en principio, nada hay de reprochable jurídicamente. El problema es que no se ha probado la facilitación de la información.

Por otra parte que la evolución económica de Caixa Catalunya fuese ajena a la propia entidad es algo respecto a lo que no hay evidencias. Sabemos que ha habido una gravísima crisis económica, pero no todas las entidades financieras han necesitado asistencia económica del Estado.

Que las demandantes no tenían más alternativa que vender las acciones es evidente. Difícilmente podrían haber recuperado una parte de las inversiones realizadas de no haber actuado así. Lo explicó la testigo Dña.

que dijo que la alternativa era quedarse con las acciones, sin saber si saldrían al mercado.

Octavo: En la alegación decimocuarta sostiene la recurrente que la cuantía de la indemnización debe disminuirse en el importe de las retribuciones abonadas a las demandantes mientras las cosas fueron bien.

Este es un planteamiento correcto, aunque inviable en las circunstancias de este proceso.

Quienes demandan en casos como éste se quejan de la pérdida de capital sufrida y, como aquí, reclaman la diferencia entre lo invertido y lo recuperado. Pero al mismo tiempo no suelen

tener en cuenta el mayor beneficio que han obtenido, comparado con el que habrían obtenido en caso de haber invertido en depósitos a plazo, que es lo que casi todo el mundo sostiene que pensaba que estaba contratando.

En este caso la entidad financiera hace lo mismo pero al revés. Pide que se tenga en cuenta lo que los demandantes cobraron, entendiendo que ello ha de disminuir el perjuicio, pero no añade, para aumentar el perjuicio, lo que habrían percibido mediante depósitos a plazo convencionales.

Las inversiones que se encuentran garantizadas hasta cierta cuantía son los depósitos bancarios, a plazo o a la vista. En un caso como éste, de inversiones no garantizadas (en realidad lo han sido, a posteriori y en parte, por la actuación de los organismos públicos) el perjuicio sufrido es la diferencia entre el capital invertido y el recuperado, menos los intereses recibidos (muy superiores a los de las inversiones garantizadas, como depósitos a plazo), más el interés que podría haberse percibido de una inversión garantizada. Este último factor nunca es determinado por las entidades financieras y este caso no es una excepción. Es un factor que no conocemos y por tanto no puede aceptarse tampoco esta alegación de la recurrente. No ha aportado prueba que permita tener en cuenta esos intereses que habrían podido percibir las demandantes, en caso de haber invertido en un depósito a plazo y, por tanto, no puede tampoco disminuirse la cantidad fijada por el Juzgado con los intereses percibidos por las actoras.

Noveno: Por las razones expuestas se desestimará el recurso interpuesto, lo que ha de acarrear la imposición de las costas a la recurrente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales citados,

F A L L A M O S

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por

CATALUNYA BANC, S.A., contra la sentencia de fecha once de junio de dos mil catorce, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Barcelona en el proceso mencionado en el encabezamiento, confirmamos dicha sentencia, con imposición de las costas a la apelante y con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de esta sentencia, para su cumplimiento.

Contra la presente sentencia cabe recurso de casación por interés casacional (si el recurso presenta tal interés conforme a la ley) y recurso extraordinario por infracción procesal, éste último si se presentare conjuntamente con el primero. Deberán ser interpuestos, en su caso, ante esta Sección, en el plazo de veinte días, constituyendo el depósito correspondiente.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En este día, y una vez firmada por todos los magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia

NOTIFICACIÓN LEXNET by kmaleon
PEDRO MORATAL SENDRA
Tlf. 93 206 36 64 - Fax. 93 205 42 77
pms@moratalprocuradores.com

: 201610089669259

>> MONTSERRAT SERRANO BARTOLOME
Tlf. 932682199 - Fax. 932684665

01-02-2016

12/13

la publicidad ordenada por la Constitución y las leyes. Doy fe.