

**AUDIENCIA PROVINCIAL
DE
BARCELONA**

SECCION Decimotercera
ROLLO Nº
PROCEDIMIENTO ORDINARIO NÚM.
JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 24 BARCELONA

SENTENCIA Núm. 17

Ilmos. Sres.

D. JOAN CREMADES MORANT
D^a. ISABEL CARRIEDO MOMPIN
D^a. M. ANGELS GOMIS MASQUE
D. FERNANDO UTRILLAS CARBONELL
D^a. M. PILAR LEDESMA IBAÑEZ

En la ciudad de Barcelona, a veinte de enero de dos mil dieciséis.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimotercera de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario, número seguidos por el Juzgado Primera Instancia 24

Barcelona, a instancia de D. _____ contra
CATALUNYA BANC, SA, los cuales penden ante esta Superioridad en
virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada e
impugnación de la parte actora contra la Sentencia dictada en los mismos
el día 13 de octubre de 2014 por el/la Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada, es del tenor
literal siguiente:

"FALLO: ESTIMO PARCIALMENTE la demanda formulada por
_____ frente a CATALUNYA BANC, SA, y en su consecuencia
DECLARO el incumplimiento por parte de la demandada CATALUNYA
BANC, SA de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información
en la venta de los instrumentos objeto de la presente demanda (92 títulos
de obligaciones subordinadas de la octava emisión de Caja Cataluña) y
CONDENO a dicha demandada CATALUNYA BANC, SA a que abone al
señor _____ la suma de 5.879,53 euros, con sus
intereses legales desde la fecha de interpelación judicial. DISPONGO que
cada contendiente _____ y CATALUNYA BANC, SA
afronte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad de las
ocasionadas en este primer grado".

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación
la parte demandada e impugnación la parte actora mediante sus escritos
motivados, dándose recíproco traslados y oponiéndose ambas a su
contraria en tiempo y forma; elevándose las actuaciones a esta Audiencia
Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 20 de enero de 2016 .

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las
prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Joan Cremades Morant.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda rectora va encaminada a la obtención de un pronunciamiento por el que(1) se declare el *incumplimiento* por parte de CATALUNYA BANC SA de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información (arts. 1101 en relación con el 1089 CC) en la venta (comercialización) de 92 títulos de obligaciones subordinadas 8ª emisión, en fechas de 10.12.2010 y 2.2.2011; (2) se condene a dicha entidad a indemnizar a D. en concepto de daños y perjuicios, en la suma de 10.313'95 €, más los intereses legales. A dicha pretensión se opuso la entidad demandada alegando, como previos, (1) pluspetición, partiendo de que, en su caso, la cuantía debió ser el importe nominal de los títulos menos la suma del importe obtenido de la venta al FDG y los rendimientos obtenidos, para evitar cualquier enriquecimiento injusto en atención a la acción ejercitada; (2) error en el modo de proponer la demanda, al formularse la pretensión por incumplimiento de la normativa en la que basa la acción de indemnización de daños y perjuicios, pues ha cumplido con la LMV y, en todo caso, se trata de norma administrativa, procediendo su enjuiciamiento a la jurisdicción contencioso-administrativa (procedimiento sancionador) o mercantil (LCGC); en cuanto al fondo, (3) el canje de títulos por acciones (y su valoración) vino impuesto por el FROB y la oferta del FGD fue de carácter voluntario, (4) constaba claramente en las órdenes de compra que se trataba de un producto agresivo "habida cuenta del cambio de calificación del rating de solvencia de la entidad" (sic), que generó un rendimiento de 4.109'48 € (lo que incardina, junto con el la venta voluntaria de las acciones, en la doctrina de los actos propios); existió información exigida por la normativa vigente en el momento de la contratación, referida a las características y riesgos, sin que existiese obligación de informar con posterioridad a la venta sobre el futuro del producto "al no existir un contrato de gestión de cartera de valores" (sic) ni existió contrato de asesoramiento financiero; asimismo, estudió el perfil del suscriptor confeccionando el test de conveniencia, aparte de haber contratado éste productos similares (preferentes serie A y

B, bonos de la Generalitat,...) y ser de su responsabilidad suministrar información veraz y exacta sobre cualquier extremo relevante para valorar la idoneidad y el perfil inversor. (5) cierto que no se admitió la solicitud arbitral, pero siguiendo las directrices del FROB; (6) las consecuencias negativas de la inversión, tienen su origen en la crisis económica. (7) en todo caso, no procede el interés legal desde la compra de los títulos, superior a los derivados de depósito a plazo fijo, y lo contrario supondría un enriquecimiento injusto.

La sentencia de instancia, declarando el incumplimiento de la demandada de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información en la venta de las subordinadas, estima parcialmente la demanda condenando a la entidad demandada a abonar al actor la suma de 5.879'5 € (del nominal invertido descuenta lo obtenido por el canje de las 92 subordinadas los rendimientos obtenidos), sin los intereses de las fechas de las respectivas inversiones ("no existe en la demandada una causa torpe, una actuación dolosa que derivaría la necesidad de cubrir todos los perjuicios que conocidamente tuvieron por origen el incumplimiento, sino una actuación negligente que conlleva la indemnización por los daños patrimoniales que tengan su causa en esa negligencia", en base al art. 1107 CC), con los intereses legales desde la interpelación judicial, sin declaración sobre las costas causadas. Ante dicha resolución: A) se alza la entidad demandada, partiendo de que la relación entre las partes es la de un mandato de compra, ex art. 1727 CC, del que no deriva ningún incumplimiento pues se limitó a ejecutar las órdenes de compra, según regulación del art. 63.1 LMV, sin que asumiese la función de asesora financiera, sin perjuicio de que facilitó una información detallada y veraz; de que el incumplimiento contractual derivado de la falta de información precontractual, debió canalizarse a través de la acción de nulidad por vicio en el consentimiento (error, dolo); informó suficientemente, verbal y escrita (entrega de libreta de la cuenta de valores indicando los movimientos, folleto resumen, órdenes de compra, contrato de cuenta de valores, información fiscal anual,...) realizó el test de conveniencia, y la actora conocía la naturaleza del producto al haber contratado hasta en dos ocasiones deuda subordinada, y conocía que contrataba un producto distinto a un depósito a plazo (lo que no se puede exigir que informe de hechos futuros imprevisibles en el momento de la contratación); y, enfin, ausencia de relación de causalidad entre el presunto incumplimiento y el daño causado (éste fue una pérdida patrimonial derivada de un riesgo inherente al tipo

de producto contratado, y por la crisis económica, la resolución del FROB, la venta voluntaria de las acciones al FGD); subsidiariamente, no procede el interés legal desde la interpelación judicial. B) es impugnada por el actor, al considerar que no deben descontarse los rendimientos, por constituir la contraprestación satisfecha por la demandada atendida la disponibilidad del capital invertido (al haberlo utilizado para sus propios fines), y cuando el actor hubiera obtenido también una remuneración si hubiese efectuado un depósito, y de estimarse, procede la imposición de las costas a la demandada. Con ello, prácticamente se reproduce en esta alzada el debate planteado en la instancia, para cuya resolución se dispone del mismo material instructorio.

SEGUNDO.- Conviene partir de una serie de hechos básicos, en los cuales se hallan contestes las partes o se consideran suficientemente acreditados:

1) D. _____ con 88 años a la sazón, sin conocimientos financieros ni experiencia en productos de inversión de cualquier tipo, de perfil económico conservador y minorista (f. 284), era cliente de Caixa Catalunya, oficina 0265-Tremp, desde que decidió domiciliar su pensión, donde mantenía cuenta corriente, de ahorro o depósitos, y en general productos que priorizaban seguridad y disponibilidad; había contratado productos similares (preferentes serie A y B, bonos de la Generalitat,... (f. 287 y ss, 292), si bien, respecto de las "preferentes" (a diferencia de las "subordinadas", objeto de este pleito), la demandada aceptó el procedimiento arbitral, resultando en el mismo, un laudo favorable al actor (f. 53 vuelto)

2) D. _____ suscribió, por recomendación de la demandada, en 10.12.2010 y 2.2.2011 (f. 69 vuelto y ss, en ambos casos, cuando los síntomas de la inminente crisis eran evidentes, y los problemas de liquidez de tales productos ya se conocían, y en el 2º, poco más de 6 meses antes que la demandada fuera intervenida por el Estado), *órdenes de compra de obligaciones subordinadas 8ª emisión* (folleto informativo a los f. 272 y ss), por un valor nominal de 46.000 € (fruto de los ingresos percibidos de su trabajo - trabajador en el campo, f. 71 vuelto - y de su pensión, de 631'30 €/mes, f. 88, con finalidad de asegurarse la vejez); no obstante, figuraban también como titulares formales su hermano D. _____

y el hijo de éste, hoy actor, que actuaba como asesor o

gestor del suscriptor, su tío y que trató directamente con la oficina, sin que conste que éste "ofreciera un perfil inversor avezado" (expresión de la resolución recurrida, que se comparte).

3) En dichas órdenes, única documentación entregada en la suscripción (no consta prueba alguna tendente a acreditar que se entregase resumen o folleto informativo de la inversión, y el que obra en las actuaciones, no aparece suscrito por los titulares), sin ningún tipo de información previa, no constan las características ni los riesgos del producto adquirido (en todo caso no fueron informados de la posibilidad de pérdida del capital invertido), más allá de una definición del perfil del producto como "agresivo" en el sentido de "productos indicados para inversores que buscan la rentabilidad de la renta variable con un horizonte superior a tres años y estén dispuestos a asumir disminuciones a corto término de la inversión y mayores volatilidades (lo que, en absoluto revela las condiciones ni la dinámica del contrato ni los riesgos para el suscriptor o de qué factores dependen éstos), así como que "la inversión resulta adecuada de acuerdo con el test de conveniencia"; el test de conveniencia de 8.11.2011, posterior a las referidas órdenes de compra, efectuado al hoy actor, corresponde a la adquisición de bonos de la Generalitat por parte del mismo (f. 285)

4) El referido test, practicado a D. , es de la misma fecha y hora 15'55 (f. 69 vuelto y 70 vueltos, 670 vuelto, 285), mecanizado y rellenado por la misma entidad, partiendo de que "carece de estudios" y "nunca ha trabajado en el sector financiero", constan marcadas las casillas de previas inversiones "sin riesgo" y "riesgo rentabilidad", no obstante todo lo cual, se hace constar como resultado sobre el nivel de conocimientos financieros "NORMAL", lo que suponía que "el cliente tiene el conocimiento y la experiencia inversora suficiente para contratar productos de ahorro inversión tanto sin riesgo como con riesgo rentabilidad"; no obstante las fechas de la suscripción, la directora de la oficina, Sra. manifiesta que los empleados tuvieron noticia de la fuerte crisis de Caixa Catalunya prácticamente por los periódicos, por lo que difícilmente pudieron advertir de las posibles consecuencias negativas de la inversión

5) El día 10.3.2012 falleció D. , instituyendo heredero a su hijo, D. D. , hoy actor; y en 22.5.2013, falleció D. , instituyendo heredero también, a su sobrino, el actor, quien aceptó ambas herencias (f. 32 y ss), adquiriendo los referidos actores..

6) El referido producto generó, como "rendimientos"/cupones, la suma de 4.109'48 € (f. 287 y ss)

7) Conforme a la Resolución de la Comisión Rectora del FROB de 7.6.2013 (f. 234 y ss), se impuso a la entidad emisora la recompra obligatoria de las participaciones preferentes o deudas subordinadas para su inmediata aplicación a la suscripción y desembolso de nuevas acciones emitidas por Catalunya Banc SA, lo que se llevó a cabo - de forma obligatoria - en 5.7.2013 (f. 78 vuelto y ss).

8) Asimismo, el FGD de Entidades de Crédito formuló oferta para la adquisición de las acciones de gestión de instrumentos híbridos y, en particular de participaciones preferentes y deuda subordinada acordadas en la referida resolución, cuyo plazo de recompra concluía el 12.7.2013 (f. 75 y ss).

9) En base a ello, el actor procedió en 25.6.2013 a dar orden de venta de las acciones al FGD una vez canjeada la venta subordinada por acciones, canje y venta que supusieron una pérdida sobre el nominal inicial (de 46.000 €) de 10.313'95 € (suma reclamada), y el resto (de 35.686'05 €) fue ingresado en cuenta el 19.7.2013

10) existieron solicitudes de arbitraje (f. 72 vuelto y 73 vuelto) denegado por la demandada (f. 72), cuando lo había aceptado respecto de otras preferentes adquiridas (f. 87 vuelto).

TERCERO.- Las obligaciones subordinadas (híbridos financieros), son productos complejos (art. 79.bis 8.a LMV con remisión al art. 2, apartados 2 a 5, y STJUE 30.5.2013), y normativa de aplicación atendida la fecha del contrato viene integrada por la LMV, en la que se establece que las entidades, al recibir y ejecutar órdenes y al asesorar, debían comportarse con diligencia en interés de sus clientes, "tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones de valores y, entre ellas la recepción y ejecución de órdenes para la compra de valores por las entidades autorizadas para ello", entre las cuales obviamente se encontraban las de crédito; las entidades deben ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información de que dispusiesen cuando pudiera ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión. Dicha información debe ser clara, correcta, precisa y suficiente, haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleve.

En relación con el derecho de información, suele acudir a la (1)

anulabilidad por vicios del consentimiento (ex arts. 1265 en relación con el art. 1300 CC, así la STS 350/2001 de 10 de abril), o bien a la (2) resolución del contrato por incumplimiento ex art. 1124 CC (de las obligaciones de información previstas en la LMV, de acuerdo con la Directiva MiFID, para contratos - como el presente, o la normativa de consumidores), en cuyo caso, la necesidad de información, se requiere durante toda la vida del contrato, o, como es el caso, a la (3) de *responsabilidad civil por el daño causado por el incumplimiento, ex art. 1101 CC, cuando concorra dolo o negligencia*, (4) o a la declaración de abusividad de las cláusulas.

CUARTO.- En orden a la información y la prueba de su cumplimiento, debe partirse de que el cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, de forma que le resulte comprensible, asegurándose dicha entidad de que el cliente entiende, singularmente, los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir; información de buena fe (ex arts. 7.1 y 1258 CC), que se refuerza con la Directiva 2004/39/CEE (MIFID: Markets in Financial Instruments Directive), que modifica las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE, aquella, conocida desde entonces (se publicó en el Diario Oficial de la UE de 30.4.2004), aunque traspuesta por Ley 47/2007 de 19 de diciembre, que modifica la Ley 14/1988 de 28 de julio del MV en relación con la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, actual TRLGDCU 1/2007, STS 27.3.2009), información que se erige en un elemento fundamental para valorar el consentimiento prestado (así, STS 20.1.2014): quien adquiere un producto de riesgo debe tener conocimiento cabal de aquello a lo que se expone, debiendo recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, de forma que le resulte comprensible, asegurándose de que el cliente entiende, sobre todo, los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro, información tanto en fase precontractual como contractual. Corresponde a la entidad que facilita el producto el cumplimiento de las exigencias que dispone la normativa del sector, en particular la de información suficiente, por el principio de facilidad, proximidad o disponibilidad probatoria derivada del art. 217.7 LEC, máxime cuando alega la suficiencia de la información (SSTS 9.5.2013); debe partirse de

que el hecho de haberse suministrado suficiente y adecuada información (hecho "positivo"), debe ser acreditado por el profesional financiero, a quien corresponde la diligencia exigible de un "empresario ordenado y representante leal" en defensa de los intereses de sus clientes (STS 14.11.2005), máxime cuando aquél actúa de manera profesional y remunerada, gestionando intereses por cuenta de tercero, y en un marco sujeto a normas que regulan su actuación.

Debe recordarse que desde el RD 629/1993 de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, se había dispuesto la obligación de facilitar información precisa; en el Código de conducta anexo (art. 5.3) se establecía que "la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su correcta interpretación y hacer hincapié en los riesgos que conlleva..." (y que después tiene su reflejo en el nuevo art. 79 y ss LMV, completándose con el RD 217/2008 de 15 de febrero), en cuya normativa establece unos estándares de información mínima (singularmente "proporcionar información imparcial, clara y no engañosa") a suministrar por las entidades en la labor de protección y asunción de riesgos de los inversores dentro de la complejidad de los mercados y productos financieros; en fin, la STJUE 20.1.2014 establece que *"este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar"*;

Todo ello, en relación con la normativa sobre consumidores y usuarios relativa al deber de información; el carácter de consumidores de actor no ha sido cuestionado; y además es "minoristas", aparte de que la iniciativa contractual ("recomendación") partió de la demandada.

En definitiva, el régimen jurídico resultante de la Ley del Mercado de Valores y de la normativa reglamentaria que la desarrolla, interpretadas a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 1993/22/CEE de la que son desarrollo, impone a las empresas que actúan en el mercado de valores, y en concreto a las que prestan servicios de gestión discrecional de carteras de inversión, *la obligación de (1) recabar información a sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, y la de (2) 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 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.

Abundando en esta idea, la STS del Pleno de 20 de enero de 2014 (cuya doctrina es seguida por otras posteriores) indica expresamente que esa complejidad y la asimetría de la relación del inversor de carácter minorista y las entidades financieras determinan la exigencia de una especial protección; necesidad de protección que, como señala la sentencia de esta misma Audiencia Provincial de 26 de marzo de 2015 (Sección 16ª) "se acentúa porque, al comercializarlos, las entidades financieras "prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros" en la medida en que, auxiliándole en la interpretación de dicha información, le ayudan a tomar la decisión de contratar".

QUINTO.- En orden a la concreta información, referida al presente caso:

a) Precontractual: no constan actuaciones de la demandada dirigidas a realizar investigaciones sobre los conocimientos y experiencia del actor o de su tío, suscriptor en el ámbito de la concreta inversión; no constan evaluaciones de éstos, más allá del test de conveniencia al suscriptor en relación con su edad y nivel de conocimientos; no consta la propuesta de escenarios, no se comprobó la experiencia financiera de los actores (con independencia de las preferentes o de los bonos de la Generalitat), y, en todo caso, desconocían las características y riesgos reales de los concretos productos adquiridos; nunca se les informó, y en todo caso no consta, de lo que estaban contratando, ni sus características ni sus riesgos, y sin embargo, suscribieron los referidos productos, calificados de "complejos" o "de riesgo" por la CNMV (escasa liquidez: se ofrece el canje de los títulos por acciones, y ello por su "vencimiento", y porque su

recuperación anticipada está sujeta a su negociación en un mercado secundario; riesgo de pérdidas, atendido a la volatilidad del precio en el mercado secundario, de forma que en su recuperación anticipada pueden existir importantes pérdidas, dependiendo de la situación del mercado; aún mayor en caso de insolvencia o liquidación de la entidad emisora: el Fondo de Garantías de Depósitos no cubre las pérdidas de valor);

b) contractual, la obligación de información no se limita a la fase precontractual, manteniéndose en momentos posteriores; sin embargo, no se les entregó documento en formato normalizado que incluyese las orientaciones y advertencias sobre las subordinadas (incumplimiento del 79.bis.3 LMV), singularmente sobre los riesgos (como la posibilidad de pérdida total de la inversión, la volatilidad del precio - que ha de constar en un soporte duradero - ,...), no se entregó folleto informativo o explicativo, y ni siquiera constan los contratos.

Se dice que no existió contrato de asesoramiento de inversiones o gestión de carteras, sino mandato o ejecución de órdenes de compra por cuenta de los actores; pero la operación conllevaba la prestación de un *servicio de asesoramiento*, ex arts. 5 RD 217/2008 sobre el régimen jurídico de asesoramiento en materia de inversión. Incluso, de no considerarse servicio de asesoramiento, la demandada debió solicitar a los clientes que faciliten información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de la inversión en este concreto producto, a través del *test de conveniencia* (arts. 73 y 74 Ley 217/2008)

A partir de las consideraciones precedentes, consideramos que CATALUNYA BANC no justifica, antes al contrario, el cumplimiento de su obligación de suministrar al actor una información suficiente en ningún momento de la relación contractual ni tampoco adecuada al perfil de los adquirentes.

Por lo tanto, entendemos que queda plenamente acreditado el incumplimiento de las obligaciones de información que la demandante imputa a CATALUNYA BANC, cuya conducta debe reputarse contraria a las más elementales exigencias derivadas del principio de buena fe, constituyendo tal incumplimiento un hecho fuente de responsabilidad de la entidad bancaria apelante.

SEXTO.- Como ya se dijo por esta Sala en la sentencia de 26 de marzo de 2015, "Afirma Catalunya Banc SA que la pérdida de valor de la deuda

es atribuible de modo exclusivo a la imprevisible crisis económica desatada a partir del año 2009 -que califica de caso fortuito o fuerza mayor- o bien a una decisión estrictamente administrativa (canje imperativo de la deuda subordinada de CX por acciones de nueva emisión) que la demandante no impugnó en su momento, haciendo hincapié en que la venta de sus acciones al Fondo de Garantía de Depósitos fue estrictamente voluntaria.

El argumento carece de viabilidad.

Como en supuestos similares ha razonado esta Sección, la mera lectura de las normas urgentes de rango legal que hubo de aprobar España, a iniciativa propia o espoleada por el Memorando de entendimiento sobre condiciones de política sectorial financiera celebrado en Bruselas y Madrid en julio de 2012, para hacer frente al saneamiento del sector financiero español revela que se trataba de unas medidas de apoyo a las entidades de crédito - entre las más relevantes, Caixa de Catalunya - necesitadas de capital por razón de la gestión llevada a cabo en su seno y no por circunstancias político-económicas de naturaleza imprevisible o por catástrofes inevitables.

En ese marco hay que situar las medidas acordadas por el FROB en junio de 2013 que trataban de implementar el plan de apoyo financiero a Catalunya Banc , entre las cuales destaca la de gestión de los instrumentos híbridos consistente en el canje obligatorio de participaciones preferentes y de deuda subordinada de la entidad por acciones de nueva emisión, que iba acompañado de la opción concedida a los clientes minoristas (a quienes, en virtud de ese canje, se convertía en tenedores de unos títulos carentes de liquidez) para que pudieran proceder a su venta al FGD -cuyas funciones se ampliaban de manera extraordinaria y temporal- a precios de mercado. El artículo 43.2 de la Ley 9/2012 , de reestructuración y resolución de entidades de crédito, enfatiza el carácter vinculante de las medidas de gestión de instrumentos híbridos tanto para la entidad como para los titulares de esos instrumentos.

El íntimo engarce entre las distintas operaciones integrantes del plan de saneamiento -entre otras- de Caixa Catalunya , predecesora de Catalunya Banc , muestra que la depreciación constatada en julio de 2013 de las inversiones llevadas a cabo por la Sra. (..) entre los años 2008 y 2010 es una consecuencia natural de la acuciante situación de la entidad emisora del producto financiero depreciado, no de las decisiones de apoyo financiero acordadas por terceros.

En coherencia con ello el artículo 49 de la mencionada Ley 9/2012 impide a los afectados por una acción de gestión de instrumentos híbridos reclamar por el incumplimiento de las condiciones de la emisión o por las pérdidas que deriven de la concreta acción de gestión implementada. Debe remarcar, sin embargo, que la demanda origen de este proceso no se funda en ninguna de esas circunstancias sino que pretende la indemnización del perjuicio derivado del incumplimiento de la entidad garante y emisora de participaciones preferentes y deuda subordinada en los instantes previos a la contratación de tales productos.

Se da pues la inexcusable relación de causalidad entre la actuación contractual de la antecesora de la aquí demandada y el perjuicio patrimonial de la inversora demandante, en los términos sentados por la STS de 30 de diciembre de 2014 antes mencionada”.

SEPTIMO.- Ni el canje obligatorio ni en la aceptación de venta de las acciones canjeadas (o la obtención de rendimientos) son actos propios o actos que tácitamente suponen el cumplimiento o la aceptación sin más, de la información o de la adquisición de las subordinadas:

a) ciertamente las entidades emisoras de aportaciones subordinadas, impusieron el canje de las mismas por acciones de la emisora (pues el BCE no considera capital propio esta forma de capitalizarse), conforme al art. 44.2 Ley 9/2012 de 14 de noviembre de Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito, lo que suponía, de manera imperativa y vinculante, la recompra de los valores por la entidad emisora al precio determinado por el FROB (aunque, en la realidad, dicha disposición legal abre una primera opción de canje no vinculante y de aceptación voluntaria, pero también disciplina su imposición de manera necesaria); el orden jurisdiccional civil no es competente para resolver sobre dicho canje, en tanto lo que ahora se debate es la validez del contrato o el consentimiento del acto de adquisición inicial de las subordinadas. Por de pronto, pues, el canje forzoso, no es obstáculo para la aplicación de los arts. 1303, 1307 y 1308 CC, con la consiguiente devolución de las subordinadas al “colocador”; no fue un acto voluntario sino obligado (no existe voluntad confirmatoria)

b) lo que se pretende con la venta voluntaria es minimizar la pérdida o evitar la pérdida completa de la inversión, aceptando el mal menor que supone el cambio; el mismo TS en S. 22.10.2002

Se dice que, los actores, al vender voluntariamente las acciones de CATALUNYA BANC SA ya no son titulares de las indicadas acciones en que fueron convertidas sus obligaciones de deuda subordinada; pero claro, al sustituirse los títulos (canjes del FROB), deberían entregarse los nuevos, si bien, si la restitución es imposible ha de estarse al valor de las prestaciones en el momento en que "la cosa se perdió" (STS 6.6.1997).

OCTAVO.- En fin, respecto de la indemnización, se alega que no puede hablarse de daños y perjuicios, pues se trata de una pérdida patrimonial que resulta de un riesgo inherente al tipo de producto de inversión que la parte actora en su día contrató, los actores cobraron rendimientos durante años sin reclamación alguna, y que en todo caso, no se han aplicado los rendimientos obtenidos a la minoración de la suma reclamada; la cuestión se formula por el actor, en el sentido de que *durante el período en el que estuvo vigente la demandada dispuso, como no puede ser de otro modo, del dinero de los demandantes, por lo que su cómputo supondría un injusto enriquecimiento de la parte incumplidora, algo que jurídicamente no puede aceptarse...*" (sic), lo que, en principio es correcto, sobre la base de que la devolución de lo invertido minorado por las rentas percibidas supondría un doble perjuicio para el cliente, que tiene el dinero inmovilizado sin disponer de él y podían haberlo depositado en un plazo fijo u otro con mayor rendimiento mientras que el banco ha negociado con ese dinero depositado y se ha lucrado. Pero claro, no puede obviarse la acción ejercitada, basada en el incumplimiento (por falta de información sobre el producto y sus riesgos), no la de nulidad, y más aún, cuando el problema se plantearía respecto de que en el régimen de nulidad contractual, para eximir a la parte actora de reintegrar los rendimientos, tendría que alegarse y probarse la existencia de causa torpe, en los términos del 1306.2. (Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes: 2.^a Cuando - la culpa - esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido; en tal caso, "el otro", que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido.): cuando exista causa ilícita del contrato no constitutiva de delito ni falta el contratante que no conociera la causa torpe vería restituido lo que aportó, sin obligación de devolver lo que

recibió u ofreció a cambio.

Pero la demanda persiguió la indemnización por incumplimiento, no la nulidad ni por concurrencia de causa torpe (tampoco alegada ni probada; y no es cuestión que pueda ser apreciada de oficio); y, además, la causa del contrato no resulta inmoral ni contraria a las buenas costumbres y por tanto la norma aplicable es el art. 1303 CC. La causa, en principio y al tiempo de celebrarse el contrato, no parece ilícita pues se pretendía, por ambas partes, la obtención de un beneficio económico ("prestación o promesa" de una cosa o servicio por la otra -art. 1274 CC-). Enfn, el art. 1.106 CC señala como concepto indemnizatorio el de la "ganancia que haya dejado de obtener el acreedor" o lo que es lo mismo, los incrementos o ventajas patrimoniales que el mismo esperaba obtener y que se han visto frustrados por la actuación de la parte contraria (STS.16 marzo y 5 mayo 2009), pero la existencia del perjuicio por este concepto *debe ser probada con una razonable verosimilitud*; es, pues, preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas, que no han de ser dudosas ni contingentes (SSTS 29 de diciembre de 2000; 14 de julio de 2003, entre otras muchas); así pues, se impone a la parte actora la carga de ofrecer los datos que, a tenor de la situación existente al presentar la demanda o en el momento de practicar la prueba, mediante su proyección sobre el período futuro objeto de reclamación, permitan un cálculo prospectivo del lucro cesante (STS 31 de octubre de 2007); es decir, su existencia y determinación deberá ser objeto del proceso, de modo que los actores deberán en fase de alegaciones determinar los perjuicios sufridos y en fase probatoria acreditar su real producción y las bases para su liquidación. Y en el caso de autos la parte demandante no ha aportado elemento alguno que permita fijar los rendimientos dejados de obtener, sin que baste en estas circunstancias para valorar la pérdida de una eventual rentabilidad la mera remisión al interés legal del dinero; en conclusión, el daño causado viene determinado por el valor de la inversión, menos el valor a que ha quedado reducido el producto y los intereses que fueron cobrados por los demandantes.

NOVENO.- En cuanto a los intereses, es doctrina comúnmente admitida que, no obstante la rebaja en la sentencia de la suma reclamada, la moderna doctrina (*Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de noviembre*

de 1999 , y 25 de febrero , y 3 de marzo de 2000 ; RJA 8210/1999 , y 1245 y 1360/2000) ha venido atenuando el automatismo del principio "in illiquidis non fit mora", de modo que viene declarando la procedencia de los intereses legales moratorios desde su reclamación judicial en aquellos supuestos, en los que la cantidad que otorga la sentencia resultaba efectivamente debida al tiempo de requerimiento de pago, quedando fuera de esta doctrina únicamente aquellos supuestos en los que la complejidad de las relaciones habidas entre las partes litigantes excluyen la fácil determinación de la cantidad realmente adeudada, de modo que el devengo de intereses se produce desde la reclamación judicial, porque los intereses actúan a modo de sanción al deudor moroso, renuente al pago, y la protección judicial del acreedor debe ser completa de sus derechos, y lo que la sentencia viene a realizar es declarar el derecho a la obtención de la cantidad que pertenecía al acreedor con anterioridad a la decisión judicial, de modo que la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de la suma debida, aunque resulte menor que la por él reclamada, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial.

En este sentido se pronuncia la antes referida *Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2014 (RJA 6662/2014)*, según la cual, el daño causado viene determinado por el valor de la inversión, menos el valor a que ha quedado reducido el producto, y los intereses que fueron cobrados por los demandantes, de tal forma que la indemnización deberá alcanzar la cifra resultante de esta operación y los intereses legales devengados por esta suma desde la interpelación judicial.

DECIMO.- Consecuentemente, con desestimación del recurso, procede la íntegra confirmación de la resolución recurrida, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la entidad apelante, al no apreciarse serias dudas de hecho ni de derecho sobre la cuestión debatida (arts. 398.1 en relación con el 394.1 LEC).

FALLAMOS

QUE DESESTIMANDO el recurso de apelación formulado por CATALUNYA BANC SA contra la sentencia dictada en los autos de que

este rollo dimana, **CONFIRMAMOS** dicha resolución, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la apelante.

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo./a Sr./a. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.