

**AUDIENCIA PROVINCIAL
BARCELONA
SECCIÓN 11 (UNIPERSONAL)
CIVIL**

ROLLO DE APELACIÓN

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 20 DE BARCELONA
JUICIO VERBAL

S E N T E N C I A n° 18/2016

En Barcelona, a veintiuno de enero de dos mil dieciséis.

La Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona constituida en forma unipersonal por el magistrado Antonio Gómez Canal ha visto en grado de apelación los autos de **JUICIO VERBAL** sobre reclamación de cantidad seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 20 de los de Barcelona por demanda de DON _____, representado por el Procurador sr. Moratal y asistido por el Letrado sr. Serrano, contra CATALUNYA BANC S.A., representada por el Procurador sr. López y defendida por el Abogado sr. _____, y que penden ante este tribunal por virtud del recurso interpuesto por la interpelada contra la Sentencia dictada en dichas actuaciones en fecha 30 de junio de 2.014 y pronuncia la presente resolución en base a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- RESOLUCIÓN RECURRIDA.

En el juicio verbal _____ seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 20 de los de Barcelona recayó Sentencia el día 30 de junio de 2.014 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "*ESTIMO la demanda de juicio verbal presentada por el procurador Oscar Serrano Castells en representación de _____ contra la entidad CATALUNYA BANK SA y condeno a la demandada a que abone a la actora la cantidad de CUATRO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES EUROS CON VEINTISÉIS CÉNTIMOS (4.683,26 €), más los intereses legales desde la reclamación judicial con imposición de costas a la demandada.*" (sic)

Segundo.- LAS PARTES EN EL RECURSO.

Contra dicha resolución condenatoria la interpelada interpuso recurso de apelación al que se opuso el actor en el traslado

conferido al efecto. A continuación los litigantes fueron emplazados ante la Superioridad compareciendo ambos en tiempo y forma.

Tercero.- TRAMITACIÓN EN LA SALA.

Recibidos los autos en esta Sección, sin necesidad de celebración de vista, quedaron preparados para dictar resolución.

Cuarto.- CUMPLIMIENTO DE LOS TRÁMITES.

En la tramitación de la segunda instancia jurisdiccional se han observado todas las prevenciones legales en vigor a excepción del plazo global de duración debido al cúmulo de asuntos que penden ante esta Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR CATALUNYA BANC S.A.

I.- Planteamiento general.

La Sentencia de 30 de junio de 2.014 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 20 de los de Barcelona en los autos de juicio verbal resuelve del siguiente modo las pretensiones ejercitadas en la demanda rectora del proceso por DON

frente a CATALUNYA BANC, S.A., en su calidad de sucesora de Caixa d'Estalvis de Catalunya: a.- tras acoger, implícitamente, la pretensión declarativa 1ª de la súplica, por aplicación del art. 1.101 CCivil condena a la entidad financiera interpelada al pago de 4.683,26€ en concepto de indemnización de los perjuicios irrogados al actor por el incumplimiento de la obligación legal de información de las características de los títulos objeto de las órdenes de compra cursadas los días 30 de octubre de 2.008 (4 Obligaciones de deuda subordinada de la 7ª emisión por importe de 6.000€) y 12 de noviembre de 2.009 (5 Participaciones preferentes de la serie A por importe de 5.000€) y b.- impone a la demandada el pago de intereses, moratorios y procesales (arts. 1.100 y 1.108 CCivil y 576.1 LECivil), y de las costas causadas durante la primera instancia (art. 394.1 LECivil).

II.- Resolución del recurso.

CATALUNYA BANC, S.A. se alza frente a dicha Sentencia por medio del presente recurso que desarrolla en trece alegaciones que reconducimos a tres motivos de apelación que seguidamente enunciamos y resolvemos:

Primer motivo: infracción del art. 1.101 del Código Civil al considerar que CATALUNYA BANC, S.A. incumplió el contrato que le unía con DON y que ello provocó un perjuicio patrimonial a éste cuantificable en 4.683,26€.

El estudio del motivo, que combate la estimación de la pretensión indemnizatoria contenida en el apartado 2º de la súplica de la demanda, se divide por razones sistemáticas en tres submotivos que nos servirán para constatar si concurrían los elementos constitutivos de dicha acción según reiterada jurisprudencia (SsTS de 14/7/05, 21/6/07 y 5/6/13):

1º.- Inexistencia de incumplimiento contractual por parte de CATALUNYA BANC, S.A. al limitarse a acatar las órdenes cursadas por su cliente.

El submotivo se desestima. Para llegar a esta conclusión partimos de los elementos objetivos, subjetivos y circunstanciales concurrentes en el supuesto enjuiciado:

a.- desde un punto de vista objetivo constatamos que nadie discute en el presente proceso la plena validez y eficacia de: i) las emisiones de Obligaciones de deuda subordinada por parte de Caixa d'Estalvis de Catalunya (Serie 7ª) ni la de Participaciones preferentes por parte de CAIXA CATALUNYA PREFERENTIAL ISSUANCE LTD (Serie A), que en número de 4 y 5 constituyeron el objeto de las órdenes de compra cursadas por el sr. los días 30/10/08 y 12/11/09 respectivamente y ii) el contrato instrumental, derivado de la adquisición de dichos títulos por el sr. , de custodia y administración por parte de CATALUNYA BANC, S.A. El quid de la cuestión radica en conocer el papel que la causante de esta entidad tuvo en la decisión del sr. de ordenar la adquisición de los referidos títulos que, por sus características - profusamente expuestas por el Juzgado y a las que nos remitimos para evitar tediosas reiteraciones (FFJJ 2º a 5º)- ha de considerarse una operación compleja (art. 79 bis.8.a Ley del Mercado de Valores) y por ello ignorada por el común de los ciudadanos.

b.- si pasamos al plano subjetivo constatamos, siguiendo a la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de enero de 2.014, la enorme asimetría existente entre las partes en este tipo de relaciones jurídicas:

b.1.- por un lado Caixa d'Estalvis de Catalunya, hoy CATALUNYA BANC, S.A., entidad dedicada profesionalmente a la actividad financiera que integra equipos de expertos que examinan la evolución de las variables financieras, analizan las fuentes especializadas y redactan la orden de compra. En concreto además, por lo que hace referencia a los títulos valor que constituyeron su objeto, constatamos que no resultan ajenos a la propia entidad ejecutora de las órdenes de compra cursadas por el sr. : b.1.1.- en cuanto a las obligaciones de deuda subordinada fue Caixa d'Estalvis de Catalunya quien la diseñó, emitió de manera directa, promocionó, colocó y garantizó a través de su red de oficinas para destinarla a su financiación (testifical sra. 27m.:23s.); de ahí que fuera esa entidad quien en su propio nombre se encargara de: a)

abonar al sr. los rendimientos en su cuenta durante el tiempo en que se generaron y b) expedirle la información fiscal en los correspondientes ejercicios (documentos de la contestación núms. 5, 7 a los folios 81 a 84 y 8 a los folios 86, 88, 90, 92, 94, 96 y 97); existe por tanto una plena identidad subjetiva entre quien vendió los títulos-valor al sr. en el año 2.008 y quien previamente los había emitido asumiendo el cumplimiento de las obligaciones asociadas a ellos durante todo el tiempo de su vigencia y b.1.2.- por lo que hace referencia a las participaciones preferentes, la causante de quien apela, Caixa d'Estalvis de Catalunya, fue quien igualmente diseñó, promocionó y colocó el producto litigioso a través de su red de oficinas y lo que es más importante para destinarlo a su financiación; esto es así porque el 100% del capital social de CAIXA CATALUNYA PREFERENTIAL ISSUANCE LTD, primera responsable del cumplimiento de las obligaciones incorporadas a los títulos durante toda su duración (perpetua), pertenecía a Caixa d'Estalvis de Catalunya, hoy CATALUNYA BANC, S.A.; forma parte por tanto de su estructura empresarial y frente al sr. ha sido ella la encargada de a) abonarle los rendimientos en su cuenta durante el tiempo en que se generaron y b) expedirle la información fiscal en los correspondientes ejercicios (documentos de la contestación núms. 7 al folio 85 y 8 a los folios 87, 89, 91, 93 y 95).

b.2.- por otro el sr. que por su perfil fue calificado por Caixa d'Estalvis de Catalunya como cliente minorista con arreglo a la normativa MiFID (Directiva 2004/39/CE conocida con el acrónimo MIFID, Markets in Financial Instruments Directive incorporada a nuestro Derecho por Ley 47/07, de 19 de diciembre, art. 78 bis LMV) y por tanto digno de una especial protección atendido que no consta: a) que tuviera conocimientos avanzados sobre productos financieros complejos, según la sra. , empleada de Caixa Catalunya encargada de la comercialización, el sr. poseía unos conocimientos básicos en esta materia (20m.:41s.) y b) que con anterioridad a la suscripción de las "participaciones preferentes" y "deuda subordinada" litigiosas se hubiera acercado a este tipo de contratos, la sra. tildó al sr. de un cliente conservador sin deseo de arriesgar la integridad de sus ahorros (20m.:41s. y 28m.:04s.).

c.- por último es determinante dejar constancia de las circunstancias que rodearon la emisión de las órdenes de compra por parte del sr. : como es lógico, atendidas las condiciones objetivas y subjetivas arriba expuestas, fue una empleada de Caixa d'Estalvis de Catalunya quien ofreció a su cliente, neófito en productos financieros complejos, la posibilidad de invertir los fondos depositados a plazo fijo -y por tanto debidamente garantizados- en la adquisición de participaciones preferentes y deuda subordinada (testifical sra. 20m.:53s., 24m.:03s. y 30m.:18s.), sometidos al riesgo de pérdida del capital.

Con todos estos elementos nos parece contrario a Derecho que CATALUNYA BANC, S.A. pretenda atribuirse un papel de simple mandataria (art. 1.719.I CCivil), comisionista (art. 244 CCom.) o mera ejecutora de las órdenes de compra de los títulos litigiosos provenientes de una pretendidamente espontánea voluntad del sr.

(art. 63.1.a y b LMV hoy RDLeg. 4/15, de 23 de octubre). Atendido el principio de la buena fe, entendida en sentido objetivo de pauta de conducta (arts. 7.1 y 1.258 CCivil y 111.7 CCCat. y STS 12/1/15), y el alcance que al término asesoramiento le concede la jurisprudencia (arts. 4.4 Directiva 2004/39/CE y 52 Directiva 2006/73, STJUE de 30/5/13, caso Genil 48, S.L. citada por la STS de 13/7/2015), parece más razonable concluir que si Caixa d'Estalvis de Catalunya ofreció de manera expresa y personal al sr.

unos títulos -con los que iba a dotarse de financiación- y que por la confianza que éste tenía en ella (testifical sra. Parellada 20m.:07s.) aceptó su recomendación ordenando la adquisición en el mercado correspondiente, dicha entidad financiera tenía la obligación de informar de manera rigurosa a su cliente sobre las características de los productos cuya adquisición proponía conforme a la normativa imperativa profusamente expuesta por la Sentencia recurrida en su fundamento jurídico 6º al que nuevamente nos remitimos (SsAAPP de Lleida, Sec. 2ª, de 16/6/15 y de Barcelona, Sec. 1ª, de 13/10/15 dictadas en supuestos similares al presente). En particular, la información que ineludiblemente debía facilitar una entidad que comercializa unos productos complejos a un inversor minorista es la que hace referencia a la posibilidad de perder todo o parte del capital invertido en función de la marcha económica de aquélla.

Admitido por la apelante que por el principio de facilidad probatoria contenido en el art. 217.7 LECivil le incumbía a ella demostrar en el proceso que cumplimentó ese deber de información prenegocial, de manera tal que su cliente sr. alcanzó un pleno conocimiento del riesgo que suponía para él emitir las dos órdenes de adquisición de los títulos litigiosos (SAP de Zaragoza, Sec. 5ª de 24/5/12), la valoración de la prueba obrante en la causa revela que CATALUNYA BANC, S.A. no solo no consiguió levantar esa carga sino que ha quedado plenamente demostrado que dicha entidad omitió a su cliente la característica fundamental de los títulos cuya adquisición le recomendó, a saber, la posibilidad real de perder el capital invertido: 1.- En cuanto a la prueba de naturaleza real constatamos que la parte a quien interesaba la demostración de haber cumplimentado dicha obligación no aportó a la causa documento informativo previo suscrito por el sr. en prueba de conocimiento y recepción con tiempo suficiente para su estudio y comprensión. En este punto destacar que la propia sra. Parellada afirmó al tribunal que no entregó folleto alguno al sr. y de haberlo hecho hubiera resultado inane pues el mismo silenciaba toda referencia a la posibilidad de pérdida del capital invertido (25m.:09s.). Es más, en la orden de compra de obligaciones de deuda subordinada (documento 1.B de la demanda), expresamente se califica

al producto de "CONSERVADOR", indicado para inversores que "quieren asumir pocos riesgos" y 2.- Si pasamos a las pruebas personales observamos que la interpelada: a) ni tan siquiera propuso el interrogatorio del actor para conocer el nivel de entendimiento que tuvo de los riesgos que entrañaban los productos antes de su suscripción y b) la testifical de quien los comercializó fue demoledora para la tesis de la entidad para la que presta sus servicios: la sra. , a pesar del tiempo transcurrido, recordaba con suma claridad que, por ignorancia inexcusable derivada de un exceso de confianza en la fortaleza económica de la entidad, no informó al sr. -inexperto en materia financiera- que los productos cuya adquisición estaba recomendando entrañaban el riesgo de pérdida del capital invertido (21m.:52s., 26m.:41s. y 29m.:31s.).

Así las cosas concluimos que la causante de CATALUNYA BANC, S.A., en el proceso de comercialización de los títulos litigiosos, incumplió el deber de información legalmente exigible frente a su cliente minorista sr. y ello constituye fuente de imputación de responsabilidad civil por los perjuicios irrogados conforme a lo dispuesto en los arts. 1.101 y 1.103 del Código Civil (SsTS 18/4/13, 30/12/14 y 13/7/15).

2º.- *Error al cuantificar el perjuicio sufrido por don sin tener en cuenta el rendimiento obtenido durante el tiempo de tenencia de los títulos litigiosos.*

El submotivo se desestima. Ante todo debemos recordar que atendida la acción indemnizatoria ejercitada por el sr. a en el escrito de demanda, resulta inaplicable el efecto restitutorio previsto en el art. 1.303 CCivil para los supuestos de invalidez. Dicho esto, la finalidad institucional de la indemnización prevista en los arts. 1.100 y ss. CCivil es la de devolver al perjudicado, en nuestro caso el sr. por el incumplimiento contractual de CATALUNYA BANC, S.A., a la situación patrimonial anterior a producirse dicha infracción negocial.

Indiscutido que el cliente invirtió 11.000€ con la adquisición de los títulos litigiosos y que obtuvo 6.316,74€ a raíz del canje en acciones ordenado por el FROB y ulterior venta de las mismas al FGD, es claro que ha sufrido un menoscabo patrimonial por la diferencia de 4.683,26€ no recuperada tal como declaran las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de julio y 6 de octubre de 2.015 en supuestos similares de pérdida de inversión por negligencia de la entidad financiera en el cumplimiento del deber de información del riesgo que entrañaba la suscripción de determinados productos.

Esa cantidad, la que es objeto de reclamación en la demanda y de condena en la sentencia, no puede verse minorada por compensación con los rendimientos obtenidos por el cliente durante el período de tenencia de los títulos (1.616,58€). Esto es así porque quien

invoca esta excepción no ha demostrado que el sr. , de no haber suscrito los títulos litigiosos y de haber dispuesto por tanto del capital que tenía ahorrado, no hubiera podido obtener un rendimiento a su dinero. Es más, lo presumible es que el cliente, como ya había hecho con anterioridad constituyendo un depósito a plazo fijo, hubiera movido su capital con el fin de obtener la generación de un rédito; privarle de lo obtenido durante el tiempo que duró su inversión, realizada por la deficiente información facilitada por la entidad apelante, entrañaría un incremento del perjuicio sufrido por el cliente -pérdida parcial del capital inicial- y un consiguiente enriquecimiento injustificado para la anterior al haber dispuesto de financiación durante todo ese período sin satisfacer retribución de ningún tipo.

3º.- Falta de relación causal entre el incumplimiento y el perjuicio padecido por el sr. .

El submotivo, y con él el motivo completo, se desestima. A este resultado llegamos tras constatar que el sr. a) era un cliente conservador, enemigo de contratar productos que pudieran implicar la pérdida de sus ahorros en función de la marcha de la entidad financiera (testifical sra. Parellada 20m.:41s. y 28m.:04s.), b) que si accedió a la adquisición de los títulos litigiosos, de innegable rentabilidad, lo fue por la recomendación que Caixa d'Estalvis de Catalunya le hizo omitiéndole toda advertencia sobre ese punto esencial (testifical sra. 24m.:03s., 25m.:09s. y 30m.:18s.), c) la omisión informativa sobre la marcha económica de la entidad se mantuvo en los años posteriores, a pesar de la importancia que tenía para el inversor, d) con el cierre del mercado secundario, la contingencia en su día silenciada por la recurrente llegó a producirse: el sr. ya no podía disponer del capital en su día invertido en los títulos litigiosos. En consecuencia nos parece claro que entre el incumplimiento negocial atribuido a Caixa d'Estalvis de Catalunya, la adquisición de los títulos por el sr. y la ulterior pérdida de la inversión por éste existe un nexo evidente: atendido el perfil del sr. , nunca hubiera accedido a suscribir obligaciones subordinadas y participaciones preferentes, con la consiguiente pérdida del capital invertido, de no haber sido ofertados como productos completamente seguros por la sra. de Caixa Catalunya.

A partir de aquí la intervención pública sobre la referida entidad no ha hecho más que tratar de minimizar el daño ya provocado a sus clientes por su actuación previa para situarlo en la suma arriba señalada sin que el hecho de que el sr. hubiera accedido a la venta de las acciones obtenidas tras el canje de sus títulos fallidos implique una renuncia a ejercitar la presente acción indemnizatoria: CATALUNYA BANC, S.A. expresamente dejó a salvo esta posibilidad para sus clientes en la información en su día facilitada (documento 2.A de la demanda).

Hay que decir además que Caixa d'Estalvis de Catalunya, tras haber

Enjuiciamiento Civil al imponer las costas a la demandada obviando las serias dudas de derecho que planteaba el caso.

El motivo se desestima.

Ello es así porque se trata de un alegato novedoso -y por tanto vetado en la alzada- pues no fue invocado -de manera subsidiaria- por la defensa de la interpelada en el trámite a que se refiere el art. 443.2 LECivil para que fuera el Juzgado, encargado de pronunciarse en primera instancia sobre la cuestión, el que valorara si el asunto era ciertamente dudoso a los efectos de inaplicar el criterio general de imposición de costas al litigante vencido consagrado en el art. 394.1 LECivil como mecanismo para satisfacer el principio de tutela judicial efectiva evitando que los derechos se vean mermados por la necesidad de acudir a los Tribunales para su reconocimiento con el consiguiente coste económico (Ss. del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1988, 26 de junio de 1990 y 4 de julio de 1997).

En consecuencia, si en la resolución de primer grado no existe decisión alguna sobre el particular -conurrencia de serias dudas de derecho a los efectos de eximir del pago de costas a la litigante vencida-, por no formar parte del debate procesal al no haber postulado la parte un pronunciamiento específico, la Sala no puede ex novo realizar ese enjuiciamiento, que además lo sería en única instancia, contraviniendo la naturaleza estrictamente revisora del recurso de apelación (art. 456.1 LECivil).

Por todo lo que antecede, el recurso interpuesto por CATALUNYA BANC, S.A. ha de ser rechazado en su integridad y confirmada la Sentencia de primer grado.

Segundo.- COSTAS DE APELACIÓN.

La desestimación de las pretensiones de la recurrente y la inexistencia de serias dudas de hecho o de derecho más allá de las propias de toda situación litigiosa -en especial tras la razonada resolución de primer grado-, justifica que las costas causadas por el seguimiento del proceso en segunda instancia se impongan a CATALUNYA BANC S.A., conforme a lo dispuesto en el art. 398.1 LECivil en relación al art. 394.1 de la misma norma.

Tercero.- DEPÓSITO PARA RECURRIR.

Desestimado el recurso de apelación, conforme al punto 9º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, CATALUNYA BANC S.A. pierde el depósito constituido, al que se dará el destino legal.

F A L L O

Que desestimo íntegramente el recurso de apelación interpuesto por

CATALUNYA BANC S.A. contra la sentencia dictada en fecha 30 de junio de 2.014 en los autos de juicio verbal 318/14 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 20 de los de Barcelona y en consecuencia:

1º **CONFIRMO** dicha resolución en todos sus extremos.

2º **CONDENO** a CATALUNYA BANC S.A. a:

2.1.- El pago de las costas causadas por la tramitación del recurso por ella interpuesto.

2.2.- La pérdida del depósito constituido para formular el recurso de apelación, al que se dará el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma comunicándoles que contra ella no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Inclúyase en el libro de Sentencias dejando testimonio en el rollo de su razón procediendo a la devolución de las actuaciones originales al juzgado con certificación de la presente para que cumpla lo ordenado.

Así por esta mi sentencia, juzgando de manera definitiva en segunda instancia, lo pronuncio y firmo.

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