

**AUDIENCIA PROVINCIAL
DE BARCELONA**

SECCIÓN DECIMOSEXTA

ROLLO N°.

JUICIO ORDINARIO NÚM.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA 12 DE BARCELONA

S E N T E N C I A n° 212/2016

Ilmos. Sres.

DON JORDI SEGUÍ PUNTAS
DOÑA INMACULADA ZAPATA CAMACHO
DON JOSÉ LUIS VALDIVIESO POLAINO

En la ciudad de Barcelona, a 30 de junio de 2016.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimosexta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Juicio Ordinario, número seguidos por el Juzgado de Primera Instancia 12 de Barcelona, a instancia de Doña

representada por el procurador PEDRO MORATAL SENDRA y defendida por la abogada Montse Serrano Bartolomé, contra CATALUNYA BANC, S.A. representada por el procurador IGNACIO LOPEZ CHOCARRO y defendida por el abogado/a

de Senespleda. Estas actuaciones penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la Sentencia dictada el día doce de junio de dos mil catorce por el Sr. Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO:

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

"FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por Dña. contra CATALUNYA BANC, S.A. DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a abonar a la actora la suma de SEIS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS euros CON VEINTE céntimos, más los intereses legales desde el día 5 de julio de 2013, con imposición a la demandada de las costas procesales causadas.".

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por Catalunya Banc, S.A. mediante su escrito motivado, dándose traslado a la parte contraria que se opuso en tiempo y forma legal. Elevados los autos a esta Audiencia Provincial se procedió a dar el trámite pertinente señalándose para votación y fallo el día 21 de junio de 2016.

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

Vistos siendo Ponente la Iltma. Sra. Magistrada D^a. INMACULADA ZAPATA CAMACHO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Planteamiento

Por lo que ahora nos interesa, ejercitó D^a en la demanda origen de las presentes actuaciones acción dirigida a obtener el resarcimiento del daño patrimonial -cifrado en 6.672'20 euros- derivado del incumplimiento contractual imputado a Caixa d'Estalvis de Catalunya (en la actualidad, Catalunya Banc SA) por razón de la

insuficiente/inadecuada información ofrecida con ocasión de la adquisición, en mayo de 2002, de un total de treinta participaciones preferentes, serie A, emitidas por Caixa Catalunya Preferential Issuance Limited.

Refería en concreto la actora el invocado perjuicio patrimonial a la pérdida de capital sufrida (equivalente a un 66'71% de la inversión) como consecuencia de la formalización en julio de 2013 del canje de los expresados títulos por acciones de Catalunya Banc SA y la subsiguiente aceptación de la oferta pública de compra de las propias acciones emitida por el Fondo de Garantía de Depósitos.

El Juzgado acogió la expuesta pretensión, pronunciamiento que impugna Catalunya Banc SA en esta segunda instancia.

SEGUNDO.- Hechos relevantes

-D^a , que contaba 65 años, ama de casa, con estudios elementales, viuda y clienta antigua de la sucursal de Caixa d'Estalvis de Catalunya (CX), adquirió en fecha 17 de mayo de 2002 treinta participaciones preferentes serie A, emitidas en noviembre de 1999, con un valor nominal unitario de 1.000 euros, por Caixa Catalunya Preferential Issuance Limited; sociedad constituida el 21 de junio de 1999, según las leyes de las Islas Caimán, como vehículo de financiación de Caixa Catalunya -de la que era filial al 100%- , entidad ésta que se constituyó en garante solidaria e irrevocable de la emisión.

La operación se documentó únicamente mediante la entrega a la cliente de la libreta aportada a los folios 189 a 192.

Tras sucesivas ventas, formalizadas entre el 29 de octubre de 2003 y el 22 de junio de 2009, mantuvo la actora la titularidad de 10 de las expresadas participaciones preferentes.

En el folleto informativo aportado a los folios 277 a 326 se describen de la siguiente forma: "forman parte del capital social del Emisor, pero otorgan a sus titulares unos derechos sensiblemente diferentes a los correspondientes a las acciones ordinarias. Al estar emitidas por una sociedad de las Islas Caimán, las relaciones jurídicas entre los titulares de las

Participaciones Preferentes (...) y Caixa Catalunya Preferential Issuance Ltd. se rigen por el derecho de las Islas Caimán" (apartados 0.3.1 y 0.1.2.2.1, respectivamente).

No obstante su carácter perpetuo, previa autorización del Banco de España y de la garante y transcurrido el plazo de cinco años desde el desembolso, la emisora se reservó el derecho de amortizarlas, reintegrando al titular el valor nominal y la parte correspondiente de los dividendos.

La emisión preveía el pago trimestral de un dividendo variable (euríbor a tres meses más 0'10%), con un mínimo anual del 4'06% TAE hasta el 2 de noviembre de 2002; pago condicionado a la existencia de beneficios distribuibles suficientes.

-La Sra. percibió trimestralmente los rendimientos de las preferentes hasta diciembre de 2011, fecha ésta en que dejó de abonarlos la emisora (v. folios 329 a 335).

-Tras una previa reclamación extrajudicial presentada en la oficina bancaria el 10 de octubre de 2012 denunciando la información recibida al adquirir el producto financiero (folio 193), interpuso la ahora apelada la presente demanda.

-En el marco del proceso de saneamiento del sector financiero español con el reforzamiento de los recursos propios y de protección de los titulares de determinados productos de ahorro e inversión (Decretos-Leyes 9/2009, 2/2011 y 6/2013) y, en ejecución del Plan de Resolución de Catalunya Banc SA aprobado el 27 de noviembre de 2012 por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria y el Banco de España y, por la Comisión Europea el siguiente día 28, la Comisión Rectora del FROB acordó el 7 de junio de 2013 apoyar a la antigua Caixa d'Estalvis de Catalunya por la vía de imponerle la recompra obligatoria de los instrumentos híbridos que hubiera emitido (preferentes, deuda subordinada) por un valor notablemente inferior al nominal, que debían ser canjeados por acciones de nueva emisión de la propia entidad no negociables en ningún mercado secundario oficial. Al tiempo, se ofrecía a quienes resultasen titulares de esas nuevas acciones la opción de transmitir las al Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito (FGD) por un precio que también incorporaba un descuento por iliquidez.

-En fecha 3 de julio de 2013 aceptó la actora la oferta de adquisición de acciones del FGD, procediendo a la venta de las que le correspondieron en el canje de las participaciones preferentes de las que era titular y recibiendo a cambio la suma de 3.327'80 euros (v. folios 361 y 362). Tales operaciones le supusieron, por tanto, una pérdida de 6.672'20 euros respecto al capital invertido, suma a la que, en el acto de la audiencia previa, refirió su pretensión indemnizatoria.

TERCERO.- Naturaleza jurídica del producto financiero litigioso y normativa aplicable

Define la STS de 8 de septiembre de 2014 las participaciones preferentes como "valores atípicos de carácter perpetuo, que contablemente forman parte de los recursos propios de la sociedad que los emite, pero no otorgan derechos políticos al inversor y sí una retribución fija, condicionada a la obtención de beneficios".

Vienen a ser un "híbrido financiero" (combinan caracteres propios del capital y de la deuda) que no confiere derecho a la restitución del valor nominal, de forma que su liquidez sólo puede obtenerse mediante la venta en el mercado secundario de valores en el que cotizan.

Su carácter perpetuo no impide que la entidad emisora se pueda reservar el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor.

Se hallan reguladas en el artículo 7 y 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 instrumentos financieros.

Constituyen, en fin, las participaciones preferentes "productos financieros complejos" por contraposición a los "no complejos". Así aparecen configuradas en la exposición de motivos del Real Decreto Ley 24/2012, de Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito y en el actual el artículo 2.1.h/ de la Ley del Mercado de Valores al que se remite el 79.bis.8.a/. Nótese que, no apareciendo incluidas entre los productos no complejos, tampoco cumplen los requisitos que para estos últimos prevé la norma (los desprovistos de riesgo, las

acciones cotizadas como valores ordinarios cuyo riesgo es de "general conocimiento" y en los que existen posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación a precios públicamente disponibles para los miembros de mercado u ofrecidos o validados por sistemas de evaluación independientes del emisor, que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición y, respecto de cuyas características, exista a disposición del público información suficiente).

Dicho carácter complejo se deduce, igualmente, de la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modificaron las Directivas 2006/48/CE, 2006/49/CE y 2007/64/CE en lo que respecta a los bancos afiliados a un organismo central, a determinados elementos de los fondos propios, a los grandes riesgos, al régimen de supervisión y a la gestión de crisis.

Aparte de la obligada sujeción a las reglas comunes de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y, en su caso, a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, para su comercialización, debe observarse, pues, no únicamente la normativa bancaria sino también y, en concreto en materia de información, la Ley del Mercado de Valores y las disposiciones que la desarrollan.

Al formalizarse la adquisición aquí debatida no se hallaban en vigor ni la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que modificó la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en lo sucesivo, LMV) y traspuso al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, relativa a los mercados de instrumentos financieros, ni el Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión. Como después se verá, ello no significa sin embargo que no estuviera obligada Caixa Catalunya a informar a su cliente en los términos que, aun de forma menos detallada, ya preveía la normativa sectorial vigente para la contratación de este tipo de productos financieros.

CUARTO.- Obligaciones en materia de información de las

entidades que prestan servicios de inversión

Partiendo de la redoblada protección de la que, conforme al RDL 1/2007, que aprobó el TRLGDCU, goza el cliente bancario que, al tiempo -como es el caso-, tenga la consideración de consumidor, recordaremos a continuación las específicas obligaciones que, en materia de información, imponía a las entidades financieras la normativa del mercado de valores en vigor en la fecha en que se concertó la discutida operación de compra. Son las siguientes:

-La propia LMV 24/1988, en su redacción anterior a la Ley 47/2007, ya establecía en su título VII las reglas fundamentales del comportamiento de las empresas prestadoras de servicios de inversión. Así, el artículo 78 les imponía el respeto tanto a las normas de conducta contenidas en el Capítulo, como a los códigos que, en desarrollo de la propia Ley, aprobara el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. En lo que aquí nos interesa, según el artículo 79, debían aquellas empresas:

a/ comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes;

b/ organizarse de forma que se redujesen al mínimo el riesgo de conflictos de intereses;

c/ cuidar de los intereses de los clientes como si fuesen propios y,

d/ asegurarse de disponer de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

-El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, concretaba la diligencia y transparencia exigidas a las entidades que operaran en dichos mercados, incorporando como Anexo un código de conducta y, en concreto,

(i) el artículo 4 del RD 629/1993 prescribía que las órdenes de los clientes sobre valores debían ser claras y precisas en su alcance y sentido, de forma que tanto el ordenante como el receptor conocieran con exactitud sus efectos;

(ii) el artículo 15 de la propia norma preveía la documentación que debía ser objeto de entrega, entre la que se encontraba el documento contractual y una copia de las comisiones y gastos repercutibles, así como las normas de valoración y de disposición de fondos y valores aplicables a la operación concertada;

(iii) el artículo 16 disponía que las entidades debían facilitar a sus clientes en cada liquidación que practiquen por sus operaciones o servicios relacionados con los mercados de valores un documento en que se expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados, con indicación concreta de su concepto, base de cálculo y período de devengo, los impuestos retenidos y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste o producto neto efectivo de la operación" (apartado 1), así como informar "con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones", a cuyo efecto "dispondrán y difundirán los folletos de emisión, informarán sobre la ejecución total o parcial de órdenes, fechas de conversión, canjes, pagos de cupón y, en general, de todo aquello que pueda ser de utilidad a los clientes en función de la relación contractual establecida y del tipo de servicio prestado" (apartado 2);

(iv) el artículo 4.1 del Anexo imponía el deber de recabar información sobre la situación financiera, experiencia y objetivos de inversión de los clientes cuando fuera relevante para los servicios que se fuesen a proveer y,

(v) el artículo 5 del código de conducta obligaba a ofrecer la información precisa para que los inversores adoptaran sus decisiones, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario a sus intereses, información que debía hacer hincapié en los riesgos que cada operación conllevase "muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata" y ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, haciendo hincapié en los riesgos, debiendo "representar la opinión de la entidad sobre

el asunto de referencia y estar basada en criterios objetivos, sin hacer uso de información privilegiada", a cuyo efecto imponía la conservación de forma sistematizada de "los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones".

-La Orden Ministerial de 25 de octubre de 1995, de desarrollo parcial del Real Decreto 629/1993 (derogada por la Orden EHA/1665/2010, de 11 de junio) establecía en su sección quinta un conjunto de reglas sobre información con la finalidad de facilitar al inversor un conocimiento completo y fácilmente comprensible del resultado de las operaciones, disponiendo el artículo 9-1 que "Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones", información que "deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión (...)".

-Por último, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (derogada mediante la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito), disponía en su artículo 48 el contenido mínimo de la información que había de facilitarse a los clientes de entidades bancarias.

QUINTO.- Premisas para decidir la controversia

-Reitera la demandada que Caixa Catalunya intervino en la cuestionada operación como simple comercializadora de las participaciones emitidas por su filial. En su tesis, a partir de la fecha de adquisición del producto, entre las partes únicamente siguió desplegando efectos el contrato de custodia y administración de valores concertado con la clienta (tampoco documentado) y en virtud del cual se limitó a gestionar, por su cuenta y como simple mandataria o comisionista (arts. 1726 del CC, 244, 255 y 264 del CCom.), el cobro de los rendimientos comprometidos como consecuencia, precisamente, de la propiedad de los títulos transmitidos.

No cabe sino afirmar la legitimación pasiva de Catalunya Banc SA para soportar la de contrario ejercitada acción de indemnización de daños y perjuicios por el denunciado incumplimiento contractual en que incurrió su antecesora.

En efecto, no habiendo tenido ninguna intervención en la debatida contratación Caixa Catalunya Preferential Issuance Limited, resulta artificioso y alejado de la realidad el intento de disociar en dos subespecies negociales la inescindible relación que estableció Caixa Catalunya con la actora, cuando las participaciones preferentes adquiridas -que conferían derecho a percibir, a través de la misma entidad financiera, unas retribuciones periódicas con carácter indefinido- eran de la misma Caja (a través de su filial instrumental) y se vendieron, en las oficinas de la matriz y a través de sus empleados, como un producto propio (STS Pleno de 12 de enero de 2015).

Desde otro punto de vista, habiéndose constituido en garante "solidaria e irrevocable" de la emisora de las participaciones, tampoco cabe afirmar que las obligaciones asumidas por CX frente a la Sra. : quedaran agotadas con la ejecución de la orden de compra.

-A Catalunya Banc SA incumbía acreditar que cumplió su antecesora la obligación de ofrecer a la actora una información adecuada, suficiente y previa a la debatida contratación, al constituir el incumplimiento aducido en la demanda un hecho negativo (art. 217 LEC).

-La circunstancia de que las entidades de crédito no estén obligadas a conservar el registro de operaciones más allá del plazo de seis y cinco años sucesivamente vigente (Circular 3/1993, de 29 de diciembre, de la CNMV en relación con el art. 9-2 del RD 629/1993 y art. 32 del RD 217/2008, de 15 de febrero) no excusa la insuficiente actividad probatoria desplegada por Catalunya Banc en el proceso pues parece evidente que la entidad debía acomodar su conducta a fin de estar en condiciones de defender su posición ante cualquier reclamación judicial que se le pudiera dirigir.

-Como antes se ha apuntado, ninguna consecuencia favorable a la apelante cabe derivar del hecho de que la controvertida operación se contratara con anterioridad a la trasposición al ordenamiento interno de la Directiva 2004/39/CE.

Ya la STS del Pleno de 18 de abril de 2013, recurso num.

1979/2011, citada en la de 8 de julio de 2014 y recaída en un proceso que versaba sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado también antes de aquella transposición, se refería al elevado estándar de la información exigible a las empresas que prestan este tipo de servicios respecto del inversor no experimentado, como obligación que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial.

Con cita de la de 8 de noviembre de 1996 y remisión a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en concreto, a la STJUE de 8 de octubre de 1987, caso "Kolpinghuis Nijmegen", asunto 80/86), recuerda, además, la mencionada STS de 18 de abril de 2013 que las normas de derecho interno han de ser interpretadas a la luz de la letra y finalidad de las directivas en lo relativo al elevado estándar de actuación de buena fe, prudencia y deberes de información que incumben a las empresas de servicios de inversión y, en concreto, en cuanto a la obligación de informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones, sus objetivos y de transmitirles de forma adecuada toda la información que proceda en el marco de las negociaciones que con ellos mantengan, obligación que ya contemplaba el artículo 4.1 del Anexo al Real Decreto 629/1993.

Es indiferente, pues, que en el año 2002 no regulara formalmente la normativa en vigor los denominados test de idoneidad y conveniencia que previeron después los artículos 79 bis. 6 y 7 de la LMV de 1988 y 72 y 73 del RD 217/2008.

-Prestó CX a la actora un auténtico servicio de asesoramiento en materia de inversión según los criterios que prevé el artículo 52 de la Directiva 2006/73 que aclara la definición de tal tipo de servicios contenida en el artículo 4.4 de la Directiva MiFID.

Conviene recordar que la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 SL (C-604/2011) calificó como asesoramiento en materia de inversión toda recomendación de suscribir (en ese caso, un swap) realizada por la entidad financiera "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada

exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (en el mismo sentido, SSTS de 7 de julio de 2014, rec. 1520/2012, y 8 de julio de 2014).

Lo relevante, pues, no es tanto la naturaleza del instrumento financiero en sí como la forma en que es ofrecido al cliente inversor. Ofrecimiento que, en el caso de autos, no cabe sino calificar como una "recomendación personalizada" del empleado de la sucursal bancaria de la que era cliente la Sra. Recasens, dadas las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en la contratación.

Por tanto, antes de cursar la orden de compra, debía haber recabado CX los precisos datos sobre la situación financiera de la demandante, experiencia y objetivos de inversión, deber que ya contemplaba el artículo 4.1 del Anexo al Real Decreto 629/1993.

SEXTO.- Información ofrecida por Caixa Catalunya

Partiendo de las expuestas bases fáctica, jurisprudencial y normativa, no cabe sino coincidir con el Juzgado en que no ha acreditado la entidad financiera demandada el cumplimiento de la obligación de suministrar a la actora una adecuada información, ni previa ni simultáneamente a la debatida contratación. Así:

-No hay en los autos prueba eficaz de la entrega a la cliente -cuyo interrogatorio, significativamente, ni siquiera propuso Catalunya Banc SA- de documentación explicativa del producto y de sus riesgos (en especial, del folleto informativo de la emisión) pues no puede entenderse como tal la simple "puesta a disposición"; por tanto, de que la inversión no atribuía un derecho de crédito para la restitución del valor nominal invertido, que tenía carácter perpetuo y que su liquidez sólo se podía obtener en el mercado secundario; cuestiones todas ellas esenciales para quienes buscan seguridad y disponibilidad como, sin duda, era el caso atendido el indiscutible perfil conservador de la Sra. .

Es más, como se ha dicho, ni siquiera se han aportado ni la orden de compra ni las de las sucesivas ventas realizadas por cuenta de la cliente.

Como declara la sentencia del TS de 12 de enero de 2015, con cita de la de 18 de abril de 2013, "la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante".

Cobra, pues, plena verosimilitud la afirmación de la actora de que en todo momento actuó en la creencia de que se había limitado a contratar -como había hecho hasta el momento- un depósito a plazo, percepción que guarda coherencia (i) con la evidencia de que, dada su edad, formación, ingresos y nula experiencia inversora, no parece lógico que decidiera colocar de forma consciente sus ahorros en un producto de naturaleza tan diversa de la de los -claramente conservadores- que hasta el momento había venido contratando y, (ii) con el cobro periódico de los rendimientos.

-La declaración del director de la oficina bancaria, D. _____, permite concluir que la información suministrada no se ajustó a los exigibles parámetros. Y es que, aunque manifestó el testigo no recordar esta concreta operación, reconoció que, en general se vendían las participaciones como un producto "sin riesgo" -que por entonces, dijo, ni siquiera se sospechaba- y de total disponibilidad.

-Incumplió Caixa Catalunya, en cuanto prestadora de un servicio de asesoramiento en materia de inversiones mediante una recomendación personalizada, el deber de recabar de la cliente los precisos datos sobre su situación financiera, experiencia y objetivos de inversión, deber que ya contemplaba el artículo 4.1 del Anexo al Real Decreto 629/1993.

Hay base, pues, para presumir (obviamente, no consta lo contrario) la invocada falta de conocimiento suficiente por la Sra. del producto contratado y de sus riesgos asociados por ausencia de la obligada información previa (SSTS del Pleno, de 20 de enero de 2014, 7 de julio de 2014, recursos 892/2012 y 1520/2012 y 8 de julio de 2014).

-Tampoco cabe concluir, en fin, que quedara debidamente informada la actora a través del contenido del único documento contractual aportado a los autos. No solo porque la información debía ofrecerse en la fase precontractual (art. 5 del código de conducta anexo al RD 629/1993 y SSTS de 8 de julio de 2014 y 4 de febrero de 2016), sino porque en la libreta recibida tan solo constaba la denominación del producto, el número de títulos adquiridos y el nominal de la inversión.

En definitiva, incumplió Caixa de Catalunya de forma flagrante la obligación de comportarse con diligencia y transparencia en interés de su cliente y de suministrarle con carácter previo a la debatida contratación una información imparcial, clara y no engañosa de la naturaleza, características y riesgos del específico instrumento financiero ofrecido a los fines de que pudiera decidir con pleno conocimiento de causa.

Debe recordarse que, como razona la STS del Pleno de 20 de enero de 2014, la complejidad de este tipo de productos justifica la especial protección conferida al inversor minorista -como es el caso- en su asimétrica relación con el proveedor de los servicios; necesidad de protección que 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 (en el mismo sentido, SSTS de 8 de julio y 8 de septiembre de 2014).

SÉPTIMO.- Consecuencias del incumplimiento contractual de CX

Tratándose de un producto financiero complejo, la ausencia

o insuficiencia de la información ofrecida permite apreciar un error excusable en la formación de la voluntad del inversor-consumidor (artículos 1266 y 1300 CC). Pero también -como aquí se invocaba- un incumplimiento de los deberes informativos y de confianza y lealtad que deben inspirar la actuación de una entidad de crédito que concierne con el cliente una relación para la comercialización de uno de sus productos (artículos 1101 y 1258 CC).

En efecto, como aclaran las SSTs de 18 de abril de 2013, resolviendo los recursos 1979/2011 y 2353/2011, si bien los llamados "códigos de conducta" regulan principalmente aspectos jurídico-públicos relacionados con la actuación de las empresas que actúan en el mercado de valores, integran también el contenido preceptivo de los contratos para los que están previstos. Tienen, por tanto, incidencia directa en aspectos tales como la imparcialidad, buena fe y nivel de diligencia exigibles al profesional o la información previa que ha de recabar y, a su vez, facilitar a los clientes. En palabras de la sentencia de 18 de abril de 2013, rec. 2353/2011, constituyen tales códigos de conducta "estándares o modelos de comportamiento contractual, impuestos, por la buena fe, a las prestadoras de tales servicios [de inversión] y, al fin, deberes exigibles a la misma por el otro contratante -artículos 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio-".

Adviértase, en fin, que con apoyo en la doctrina sentada por las antedichas sentencias, la STS de 30 de diciembre de 2014 apreció un déficit de información a inversores de perfil conservador por parte del banco con el que tenían concertada una relación de depósito y administración de valores que les recomendó la suscripción de un producto de renta fija (preferentes de un banco islandés) sin advertirles de los riesgos inherentes al producto. Concluyó por tanto allí el Tribunal Supremo que, de conformidad con el artículo 1101 del CC, el banco que incumplió el deber contractual informativo estaba obligado a resarcir a sus clientes por la pérdida casi total de la inversión.

OCTAVO.- Relación causal entre el incumplimiento y la

pérdida patrimonial

La entidad bancaria apelante niega el imprescindible nexo causal entre el incumplimiento contractual que se le imputa y la invocada pérdida patrimonial a los efectos del artículo 1101 CC.

Afirma Catalunya Banc SA que la pérdida de valor de la inversión 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 las participaciones preferentes 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.

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 financiera en los instantes previos a la contratación de tal producto.

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 la inversión llevada a cabo por la Sra. Recasens en el año 2002 fue una consecuencia natural de la acuciante situación de la entidad de la que era filial la emisora del producto financiero depreciado, no de las decisiones de apoyo financiero acordadas por terceros.

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, en los términos sentados por la STS de 30 de diciembre de 2014 antes mencionada.

Por lo demás, la retención por la demandante de los rendimientos obtenidos -no denunciada en el escrito de contestación- tiene su explicación (en definitiva, su causa) en la relación contractual que mantuvieron las partes y en virtud de la que, como contrapartida a la entrega del capital, se obligó CX a abonar determinadas retribuciones (las resultantes de incrementar en un 0'10% el euríbor a tres meses). Tales rendimientos constituyen los frutos del capital invertido por lo que, desde un punto de vista estrictamente económico, no cabe sostener que su retención carezca de causa

pues obedece a la lógica retribución por la entrega del capital del que CX pudo disponer durante más de once años obteniendo, a su vez, los correspondientes rendimientos.

Debemos remarcar que no se impugna la validez y eficacia del contrato del que traen causa los rendimientos en cuestión, contrato que, por tanto, ni anuló ni resolvió la sentencia ahora apelada.

NOVENO.- Costas

Impugna por último la recurrente la condena en costas impuesta en la sentencia apelada con argumentos que tampoco pueden prosperar. Y es que, vistos los razonamientos expuestos tanto por la juez a quo como en la presente resolución, de ninguna manera cabe concluir que concurren las invocadas serias dudas de derecho que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394-1 LEC, permitirían obviar el criterio del vencimiento objetivo que consagra el precepto con carácter general.

La íntegra confirmación de la sentencia apelada conlleva la expresa imposición a la apelante de las costas devengadas en esta alzada (art. 398-1 en relación con el 394-1 LEC).

DÉCIMO.- Recursos

A los efectos del artículo 208 LEC se indica que contra la presente sentencia -dictada en juicio ordinario seguido por razón de la cuantía- cabe recurso de casación siempre que la resolución del mismo presente interés casacional y recurso extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo, o ante el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya si la casación se funda, exclusivamente o junto a otros motivos, en la infracción de normas del ordenamiento civil catalán, de conformidad con los artículos 477.2, 3º y 478.1 y la disposición final 16ª LEC, en su redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, y los artículos 2 y 3 de la Llei 4/2012, de 5 de marzo, del recurso de casación en materia de derecho civil en Catalunya.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y

pertinente aplicación

F A L L A M O S :

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de CATALUNYA BANC, S.A. contra la sentencia dictada en fecha 12 de junio de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia 12 de Barcelona, confirmando íntegramente la misma, e imponiendo las costas de la alzada a la parte apelante.

Se decreta la pérdida del depósito constituido por la apelante de conformidad con lo establecido en los apartados 1, 3b/ y 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ.

La presente sentencia no es firme y contra ella caben recurso de casación y extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo o el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, a interponer por escrito presentado ante este tribunal en el término de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación.

Firme esta resolución expídase testimonio de la misma que con los autos originales se remitirá al Juzgado de procedencia a los efectos oportunos.

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

PUBLICACIÓN.- Barcelona, en el mismo día de su fecha, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la

NOTIFICACIÓN LEXNET by kmalcom

: 201610108594465

04-07-2016

PEDRO MORATAL SENDRA

>> MONTSERRAT SERRANO BARTOLOME

Tlf. 93 206 36 64 - Fax. 93 205 42 77

Tlf. 932682199 - Fax. 932684665

pms@moratalprocuradores.com

21/22

Constitución y las Leyes. DOY FE.