

la parte demandada al pago de la cantidad de 4.710'78 euros más el pago de los intereses legales desde que se realiza la interpelación judicial. Todo ello con expresa condena en costas a la demandada."

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria se opuso en tiempo y forma ; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial .

TERCERO.- Se señaló para resolver el día 10 de febrero de 2016 .

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Apela la demandada Catalunya Banc,S.A. la sentencia de primera instancia estimatoria de la demanda formulada por el demandante Sr.

, en ejercicio de la acción de responsabilidad contractual, con fundamento en el artículo 1101 del Código Civil, en reclamación de la cantidad de 4.710'78 €, en concepto de daños soportados por la demandante con motivo de la operación financiera: de compra de obligaciones subordinadas, concertada con la demandada Caixa Catalunya en su anterior denominación, pertenecientes a la 6ª y la 7ª emisión, con fechas 17 y 20 de diciembre de 2007, por importe conjunto de 21.000 € (docs 1a y 1b de la demanda); de la recompra de las obligaciones subordinadas, y la suscripción de acciones de Catalunya Banc,S.A., en virtud de una resolución del FROB, de 7 de junio de 2013; y de la recompra de las acciones de Catalunya Banc,S.A. por el Fondo de Garantía de Depósitos, con fecha 17 de junio de 2013, obteniendo, en definitiva, la actora la recuperación de la cantidad de 16.289'22 € (doc 2b de la demanda), alegando la apelante la ausencia de negligencia en su actuación profesional, así como la ausencia de relación de causalidad entre la pretendida actuación negligente y el daño soportado por el demandante.

Centrada así la cuestión discutida, es doctrina reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo y 25 de abril de 1983,9 de marzo de 1984,21 de junio y 1 de octubre de 1985,24 y 31 de enero y 2 de abril de 1986,y 19 de febrero y 24 de octubre de 1987) que la declaración de responsabilidad por culpa hace precisa la conjunción del triple requisito de, la existencia de una acción u omisión antijurídica y negligente, un resultado dañoso, y la relación de causa a efecto entre la acción y el daño, requisitos que, en aplicación de la norma general sobre distribución de la

carga de la prueba del artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, incumbe probar a quien los alega, si bien, en cuanto a la culpa contractual, o extracontractual o aquiliana, aunque basada originariamente en el elemento subjetivo de la culpabilidad, según lo imponen los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, ha ido evolucionando a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1943 hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico, y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas, consiguientes al desarrollo de la técnica, lo que se traduce, en el plano procesal, en la inversión de la carga de la prueba de la culpabilidad, de manera que ha de presumirse "iuris tantum" la culpa del autor o agente del evento dañoso, a quien incumbe acreditar que obró con toda la diligencia debida para evitar o prevenir el daño.

En este sentido es doctrina reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1991, 24 de enero de 1992, 5 de octubre de 1994, y 23 de diciembre de 1995), la que viene admitiendo la llamada responsabilidad por riesgo, basada en la idea de que cualquier actividad, sobre todo la que integra comportamientos de los que puede emanar un evidente riesgo para sus usuarios o para terceros, y en su caso los efectos dañosos derivados de esa actividad, deben ser reparados por quien se aprovecha de tal actividad en aplicación de la máxima "cuius commoda eius incommoda", o lo que es lo mismo, de acuerdo con el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho, la indemnización del quebranto sufrido por un tercero.

En concreto, en relación con la responsabilidad contractual de los bancos y demás entidades de crédito, la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2008; RJA 707/1998) ha venido elaborando la denominada doctrina del riesgo profesional inherente al tráfico bancario. Así, señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 julio 1988 (RJA 5717/1988) que la diligencia exigible al banco no es la de un buen padre de familia, sino la que corresponde al demandado como banco, comerciante experto que, normalmente, ejerce funciones de depósito y comisión, por lo cual, según establecen los artículos 255 y 307 del Código de Comercio, se le exige un cuidado especial en estas funciones, sobre todo si se tiene en cuenta que las entidades bancarias encuentran una buena parte de su lucro en tales cometidos.

En este caso, lo que es objeto de la acción de responsabilidad contractual que se formula en la demanda no son las órdenes de compra como actos jurídicos independientes, sino el conjunto de la operación de inversión, que es una relación contractual que se ha venido desarrollando durante un tiempo, y en el curso de la cual se ha producido, por un lado, un cambio subjetivo, de Caixa Catalunya a Catalunya Banc, S.A.; y, por otro lado, un cambio objetivo, de las obligaciones

subordinadas, a las acciones, en virtud del canje ofertado por Catalunya Caixa, para su posterior recompra por el Fondo de Garantía de Depósitos, que fue aceptada por la demandante en el documento de aceptación de la oferta de adquisición de acciones, de 17 de junio de 2013 (doc 2b de la demanda).

En este sentido, en relación con la novación, es doctrina comúnmente admitida (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2000 y 10 de junio de 2003; RJA 9587/2000, y 4595/2003) que la novación no tiene en nuestro Derecho un significado riguroso, por lo que su efecto extintivo de la obligación a que se refiere es excepcional y no puede presumirse, exigiéndose una declaración expresa.

El concepto de novación está considerablemente ampliado en nuestro ordenamiento con relación al que a la misma correspondía en el Derecho Romano, pues actualmente comprende, al lado de la figura tradicional de la novación extintiva, la impropia o meramente modificativa. Es más debe entenderse que es esta última la que se produce en todos los supuestos del artículo 1203 del Código Civil, salvo que, como previene el artículo 1204 otra cosa se manifieste terminantemente por las partes o que la antigua y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles.

El deslinde entre la novación propia y la meramente modificativa ha de realizarse tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la alteración que se produzca (Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1989 y 26 de julio de 1997; RJA 8786/1989 y 5953/1997), no habiendo en el Código Civil precepto alguno que pueda servir de base a la tesis de que la simple modificación objetiva o subjetiva de la obligación implique necesariamente la extinción de la misma.

En este caso, resulta de las alegaciones parcialmente conformes de las partes, la prueba documental, y la ausencia de prueba en contrario, que las obligaciones subordinadas son un producto de renta fija a largo plazo, con una elevada rentabilidad; pero también con un alto riesgo, por cuanto sólo tienen la garantía del banco emisor, sin la garantía del Fondo de Garantía de Depósitos, estando el riesgo vinculado a la solvencia de la sociedad; y con una baja liquidez, por cuanto sólo se comercializan en el mercado secundario, no estando garantizada la recuperación del capital invertido, lo cual permite calificarlas como un producto financiero complejo, por contraposición a los productos no complejos, de acuerdo con los artículos 2 y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

De modo que, el hecho de que constituyan productos financieros complejos indica que la libre y válida prestación del consentimiento por parte del inversor ha de ir precedida de la oportuna información del producto facilitada por el oferente, sea una empresa de servicios de inversión, o directamente una entidad de crédito.

Por lo que, si no hubo información de ninguna clase o si la información no es

adecuada o bastante o en fin si la información no cubre las exigencias del control de inclusión previsto en los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, cabrá apreciar un error excusable en la formación de la voluntad del cliente inversor, razón bastante para la invalidación del contrato, de acuerdo con los artículos 1266 y 1300 del Código Civil, o para el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual, de acuerdo con los artículos 1101 y concordantes del Código Civil, bien entendido que el error no opera sobre los motivos subjetivos que impelen a cada contratante a actuar sino sobre la base del negocio o función económico-social del mismo (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2009 (RJA 4742/2009), y que resulta inexcusable el error que pudiera haberse evitado con el desarrollo de una diligencia media o normal (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de mayo y 10 de junio de 2010).

En este sentido, conviene aclarar, siguiendo lo resuelto en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo nº 683/2012, de 21 de noviembre de 2012 (Casación nº 1729/2010) que, aunque en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba, no es correcta una equiparación, sin matices, entre uno y otro, al menos en términos absolutos.

En el mismo sentido se manifiesta la reciente Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 2014 (ROJ STS 354/2014), según la cual, por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación del error como vicio del consentimiento, aunque no cabe duda que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

En concreto, el artículo 79 bis de la Ley 24/1988, en la redacción de la Ley 47/2007, cuyo objeto fue la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, dispone que:

1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.
2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales
3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo

específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes.

La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado.

La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias. La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá requerir que en la información que se entregue a los inversores con carácter previo a la adquisición de un producto, se incluyan cuantas advertencias estime necesarias relativas al instrumento financiero y, en particular, aquellas que destaquen que se trata de un producto no adecuado para inversores no profesionales debido a su complejidad. Igualmente, podrá requerir que estas advertencias se incluyan en los elementos publicitarios.

En el caso de valores distintos de acciones emitidos por una entidad de crédito, la información que se entregue a los inversores deberá incluir información adicional para destacar al inversor las diferencias de estos productos y los depósitos bancarios ordinarios en términos de rentabilidad, riesgo y liquidez. El Ministro de Economía y Competitividad o, con su habilitación expresa la Comisión Nacional del Mercado de Valores, podrán precisar los términos de la citada información adicional.

4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente.

5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes.

Además, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo (RCL 1993, 1560), que establece las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrolla la previsión de normas de conducta que deben cumplir las empresas del mercado de valores, que es analizado por la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013 (RJA 3387/2013), exige que tales empresas deben actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos

de inversión. Especial rigor se prevé en lo relativo a la información que las empresas deben facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo): «1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...]. 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar 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. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.». Y la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995 (RCL 1995, 3013), que desarrolla parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, dispone en su art. 9, en relación con la información sobre operaciones: «Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos».

Por otro lado, según la norma general del artículo 1258 del Código Civil, los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso, y a la ley, siendo así que la doctrina jurisprudencial acerca de la interpretación del artículo 1258 del Código Civil se concreta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002 (RJ 2002, 6047) según la cual «la buena fe a que se refiere el art. 1258 es un concepto objetivo, de comportamiento honrado, justo, leal (Sentencias de 26 de octubre de 1995 [RJ 1995, 8349] , 6 de marzo de 1999 [RJ 1999, 1854] , 30 de junio [RJ 2000, 6747] y 25 de julio de 2000 [RJ 2000, 6196]) que opera en relación íntima con una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecidos por la costumbre o el contrato (Sentencia de 22 de septiembre de 1997 [RJ 1997, 6858]). Supone una exigencia de comportamiento coherente y de protección de la confianza ajena (Sentencias de 16 de noviembre de 1979 [RJ 1979, 3850] , 29 de febrero [RJ 2000, 812] y 2 de octubre de 2000 [RJ 2000, 8131]); de cumplimiento de las reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, que vienen significadas por las reglas de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida (Sentencias de 26 de enero de 1980 [RJ 1980, 167] , 21 de septiembre de 1987

[RJ 1987, 6186] y 20 de febrero de 2000. Aplicando en concreto el instituto al campo contractual, integra el contenido del negocio en el sentido de que las partes quedan obligadas no sólo a lo que expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales, de tal modo que impone comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos (Sentencia de 26 de octubre de 1995 [RJ 1995, 8349]). La Sentencia de 16 de noviembre de 1979 [RJ 1979, 3850] señala que «en toda relación jurídica, en su revelación objetiva que es la esencia indagadora de la voluntad reflejada en el consentimiento, lo fundamental a proteger es la confianza, ya que el no hacerlo es atacar a la buena fe, que ciertamente viene determinada por una coherencia de comportamiento en las relaciones humanas y negociales, toda vez que cuando más determinadas personas, dentro de un convenio jurídico, han suscitado con su conducta contractual una confianza mutua fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta, no deben defraudar esa confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella, por la sencilla razón de que, como ya viene dicho, la exigencia jurídica del comportamiento coherente está vinculada de manera estrecha a la buena fe y a la protección de la confianza» (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2003 (RJ 2003, 2024)).

En este caso, no ha probado la demandada, a quien correspondía hacerlo, como hecho positivo, de mayor facilidad probatoria para ella, de acuerdo con la norma general de distribución de la carga de la prueba del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ofreciera información a su cliente antes de la suscripción de las obligaciones subordinadas, no habiendo constancia de la celebración de reuniones explicativas previas, la simulación de escenarios, o la emisión de ofertas para su posterior aceptación; no ha propuesto la demandada el interrogatorio del demandante; no ha propuesto la demandada la declaración testifical de sus empleados, o de quienes proyectaran o ejecutaran la campaña de colocación entre los clientes de las sucesivas emisiones de obligaciones subordinadas; y carece de suficiente valor probatorio, a estos efectos, la declaración testifical, practicada, a instancia de la demandante, del Sr. , empleado de la entidad demandada, por la vaguedad de sus contestaciones, y por no aparecer tampoco adveradas sus manifestaciones por ninguna otra prueba objetiva, y por las matizaciones en orden a la valoración de la prueba, impuestas, en relación con la testifical por el antiguo artículo 1248 del Código Civil, y en la actualidad por el artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite valorar la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, y las circunstancias que en ellos concurren.

Por el contrario, en este caso, no habiéndose aportado, por ninguna de las partes,

las órdenes de compra de las obligaciones subordinadas, la documentación contractual obrante en las actuaciones se limita a los documentos de liquidación de la compra de valores (docs 1a y 1b de la demanda), en los que no se indican claramente las características del producto, indicándose únicamente su denominación y valor, sin mayor explicación, no habiendo constancia de ninguna advertencia sobre la posibilidad de pérdida del capital invertido, o las condiciones de la cancelación del producto, y la posibilidad de recuperación del capital.

En cuanto a los folletos informativos de la emisión de las obligaciones subordinadas (docs 2 y 3 de la contestación), no se ha practicado ninguna prueba relevante que permita alcanzar la conclusión probatoria de que se entregaran al demandante, no habiendo clara constancia de ninguna otra información al demandante.

Tampoco a partir de la información posterior sobre rendimientos, o la información fiscal (doc 4 de la contestación), a la que se hace referencia en la contestación a la demanda, es posible alcanzar la conclusión presuntiva de la información ofrecida al cliente en el momento de la suscripción de las obligaciones subordinadas, por cuanto en la documentación referida no hay constancia de que hubiera información alguna sobre las características de las obligaciones subordinadas.

En este sentido, el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite asumir la certeza de un hecho, a partir de otro hecho admitido o probado, sólo si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, aunque, según doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2003;RJA 1568/2003), no se exija que la deducción sea unívoca, pues de serlo no nos encontraríamos ante verdadera presunción, sino ante los "facta concludentia" que efectivamente han de ser concluyentes o inequívocos, pudiendo en las presunciones seguirse del hecho base diversos hechos consecuencia, debiendo en todo caso estar sometida a la lógica la operación deductiva.

Por otro lado, la suscripción posterior de las acciones de Catalunya Banc,S.A. tampoco permite entender producida la convalidación de la compra anterior de las obligaciones subordinadas, en aplicación de la doctrina de los actos propios, por cuanto la conducta previa contra la que no se puede ir posteriormente ha de tener ciertos caracteres, y así la jurisprudencia había ya recogido la necesidad de la relevancia jurídica de la conducta, afirmando que los actos deben ser reveladores de alguna manera del designio de decidir la situación jurídica de su autor, y en cuanto a la significación jurídica del acto anterior es menester que ésta pueda ser valorada objetivamente como índice de una actitud adoptada respecto a la situación jurídica en la cual ha sido realizada.

En esta línea, es doctrina reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de Enero de 1990, 5 de Marzo de 1991, 4 de Junio de 1992, 12 de Abril de 1993, y 30 de Mayo de 1995) que únicamente son actos propios los caracterizados por una clara, expresa, y concluyente manifestación de voluntad encaminada a crear, modificar o extinguir algún derecho, siendo el propio acto revelador de la voluntad expresa del autor o de la voluntad tácita deducible de los actos inequívocos realizados.

Y los actos propios para vincular a su autor, han de ser inequívocos y definitivos, en el sentido de crear, establecer y fijar una determinada situación jurídica, causando estado (Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1995, 30 de septiembre de 1996, y 20 de junio de 2002; RJA 291/1995, 6821/1996, y 5230/2002).

En este caso, el canje de las obligaciones subordinadas por acciones y su recompra por el Fondo de Garantía de Depósitos, era la única manera de recuperar algo del capital invertido, por cuanto no estaba prevista la admisión de las nuevas acciones a cotización en ningún mercado. Por lo que, en ningún caso, puede entenderse el canje y la recompra como una renuncia a las acciones legales oportunas que pudieran corresponder a la actora por la compra de las obligaciones subordinadas con una deficiente información del producto, por cuanto no consta en el documento de aceptación de la oferta de adquisición de acciones (doc 2b de la demanda) una renuncia expresa de acciones por la demandante. Por lo que, en ningún caso, es posible interpretar la actuación de la demandante en el canje y la recompra de las acciones ofrecidas por la demandada como una convalidación de la compra de las obligaciones subordinadas.

Por lo tanto, atendido, en el presente caso, el resultado de la prueba practicada en relación a los actos anteriores, coetáneos, y posteriores a la compra de las obligaciones subordinadas, es posible alcanzar la conclusión probatoria de que el demandante, en el momento de la suscripción del contrato, se encontraba en la creencia errónea de que se le había ofrecido, y que estaba suscribiendo, un producto de renta fija de larga duración y elevada rentabilidad, cuando lo que estaban suscribiendo era un producto de alto riesgo, en el que no está garantizada la recuperación del capital invertido, y de baja liquidez.

Por otro lado, esa creencia errónea del demandante se produjo por el incumplimiento relevante de la demandada de su deber de información acerca de las características del producto, siendo ese incumplimiento, en relación con la prestación del servicio de inversión concertado, "verdadero y propio" (Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1994, 7 de marzo y 19 de junio de 1995; RJA 8836/1994, 2149 y 5342/1995), "grave" (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero, y 19 de diciembre de 1996, 30 de abril y 18 de noviembre de 1994),

"esencial" (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1994, y 11 de abril de 2003;RJA 7024/1994 y 3017/2003), que tiene importancia y trascendencia para la economía de la otra parte (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1983 y 19 de abril de 1989;RJA 3241/1989), o entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de la otra parte (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1985,y 24 de septiembre de 1986;RJA 4787/1986) o que genera la frustración del fin del contrato (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1995, y 15 de octubre de 2002;RJA 1106/1995 y 10127/2002), o la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones, o la quiebra de la finalidad económica, o la frustración del fin práctico del contrato (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1990, 21 de febrero de 1991, 15 de junio y 2 de octubre de 1995;RJA 8984/1990, 1518/1991, 4859/1995, y 6978/1995).

Además, en el retroceso en la averiguación de la causa del daño soportado por la demandante en su operación de inversión, es posible apreciar que el incumplimiento del deber de información, a cargo de la demandada, ha sido la causa eficiente, preponderante, y absorbente de cualquier pretendida negligencia que pudiera imputarse a la demandante, del daño soportado por la parte actora, consistente en la pérdida de 4.710'78 € del capital invertido, sin que la relación de causalidad aparezca interrumpida por la posible concurrencia de otras concausas, como pueden ser las circunstancias del mercado, por cuanto, por un lado, es doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1999;RJA 8862/1999), que no cabe considerar como causa no eficiente la que concurriendo con otras, prepare, condicione, o complete, la acción de la causa última, de modo que la causa desencadenante no libera de responsabilidad de las anteriores, concomitantes, o sucesivas; y por otro lado, las circunstancias del mercado debían ser conocidas de la demandada, por su dedicación profesional a los servicios de inversión, siendo la diligencia exigible en función de las circunstancias de las personas, según la norma general del artículo 1104 del Código Civil, siendo así que la demandada se dedica profesionalmente a la prestación de servicios de inversión, mientras que el actor, según resulta de las alegaciones conformes de las partes, era un cliente minorista, al que tampoco consta que se le realizara un test de conveniencia, no habiendo constancia de que tuviera experiencia en el área financiera, como tampoco consta que hubiera realizado inversiones en este tipo de productos financieros antes de la operación de inversión que es objeto del pleito, desarrollada en el mes de diciembre de 2007.

Por último, tampoco es aplicable la exclusión de responsabilidad del artículo 49 de Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, por cuanto el resarcimiento de daños y perjuicios que es objeto del pleito se

basa en la actuación negligente de la demandada en la momento de la contratación de la obligaciones subordinadas en diciembre de 2007, cuando todavía no estaba en vigor la Ley 9/2012, por lo que no se reclama por la actora en los presentes autos, bien con base en un incumplimiento de los términos y condiciones de la emisión correspondiente (apartado 1), que nadie plantea que se hayan incumplido por la demandada; o bien en base a la ejecución de una acción de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada (apartado 2), que tampoco nadie discute que, en este caso, se ejecutaran correctamente mediante el canje de las obligaciones por acciones, y su recompra por el Fondo de Garantía de Depósitos.

Por lo demás, carece de competencia la jurisdicción civil para el conocimiento de la validez o eficacia de las acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada, por cuanto, según el artículo 72.2 de la Ley 9/2012, los actos y decisiones del FROB dictados en el marco de procesos de actuación temprana, reestructuración y resolución, ponen fin a la vía administrativa y son recurribles ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

Por el contrario, de acuerdo con el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la jurisdicción civil es plenamente competente para el conocimiento de la acción de responsabilidad contractual, con fundamento en el artículo 1101 del Código Civil, que es objeto del pleito, por tratarse de un derecho privado, que se ejercita entre particulares, surgido como consecuencia de un contrato privado de compraventa.

En consecuencia, procede la confirmación del pronunciamiento de la sentencia de primera instancia, estimatorio de la pretensión de resarcimiento de daños por responsabilidad contractual, procediendo, por consiguiente, la desestimación del motivo principal de la apelación de la parte demandada.

SEGUNDO.- Apela, subsidiariamente, la demandada el pronunciamiento sobre las costas de primera instancia que se imponen a la demandada, solicitando la apelante su no imposición, por la estimación parcial de la demanda; o por la existencia de dudas de derecho.

En cuanto a las costas de la primera instancia, es doctrina comúnmente admitida (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1988, 26 de junio de 1990, y 4 de julio de 1997; RJA 1559/1988, 4896/1990, y 5845/1997), que la condena en costas atiende no sólo a la sanción de una conducta procesal, sino a satisfacer el principio de tutela judicial efectiva, que exige que los derechos no se vean mermados por la necesidad de acudir a los Tribunales para su reconocimiento, de modo que el pago de las costas, aun solamente de las suyas, es un gravamen que en justicia no debe soportar quien se ve obligado a presentar una demanda, o a

contestarla, representado por Procurador y asistido de Abogado, para defender su derecho, debiendo por el contrario soportar las costas quien fue el causante de los daños que en definitiva se originaron por su proceder contrario al cumplimiento de la obligación a su cargo.

Este principio de vencimiento objetivo, acogido por el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, supone que las costas de la primera instancia en los procesos declarativos deben imponerse a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones.

Aunque este principio tiene la excepción, prevista en el mismo artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que el Tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando es parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte debe abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, con la única excepción legalmente prevista de que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad, a la cual se añade la excepción, de creación doctrinal (Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1997, y 17 de julio de 2003; RJA 5845/1997, y 4784/2003), de que la resolución fuera sustancialmente estimatoria de las pretensiones de las partes.

En este caso, la sentencia de primera instancia estima sustancialmente las pretensiones de la parte demandante, por cuanto estima la pretensión principal de condena al pago de la cantidad de 4.710'78 €, y estima sustancialmente la pretensión accesoria de condena al pago de los intereses legales de demora, condenando a la demandada al pago de los intereses legales desde la interposición judicial.

Por otro lado, tampoco el asunto plantea ninguna duda de derecho en cuanto al deber de información de las entidades financieras, extensamente regulado en el momento de la operación de inversión, y que se entiende que era conocido por la entidad demandada, por su dedicación profesional a los servicios de inversión, planteándose únicamente la cuestión de hecho de la prueba del cumplimiento del deber de información, que no ha sido probado por la demandada, no apreciándose por lo demás en este asunto circunstancias excepcionales que justifiquen la no imposición de costas al litigante vencido.

En consecuencia, de acuerdo con el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede mantener la imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandada, procediendo, en definitiva, la desestimación del motivo, y por consiguiente del recurso de apelación de la parte demandada.

TERCERO.- De acuerdo con el artículo 398.1, en relación con el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo la resolución desestimatoria del recurso de apelación, procede imponer las costas del recurso a la parte apelante.

CUARTO.- De acuerdo con la Disposición Adicional Quince.9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, añadida por el artículo 1.19 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, siendo la resolución desestimatoria del recurso de apelación, procede la pérdida del depósito para recurrir.

F A L L O

Que, DESESTIMANDO el recurso de apelación de la demandada Catalunya Banc, S.A., se CONFIRMA la Sentencia de 19 de diciembre de 2014 dictada en los autos nº del Juzgado de Primera Instancia nº 29 de Barcelona, con imposición de las costas del recurso de apelación a la parte apelante, y con pérdida del depósito para recurrir.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación, por interés casacional, y recurso extraordinario por infracción procesal, en el plazo de veinte días desde su notificación.

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

Así por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Barcelona,

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el día de la fecha, por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a que la ha dictado, celebrando audiencia pública. DOY FE.