

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA**  
**SECCIÓN DECIMOSÉPTIMA**

**ROLLO núm.**

**JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 1 BARCELONA**

**PROCEDIMIENTO ORDINARIO N°**

**S E N T E N C I A** núm. 201/2016

Ilmos. Sres.:

Don Paulino Rico Rajo

D<sup>a</sup> Mireia Borguñó Ventura

D<sup>a</sup> Ana María Ninot Martínez

En la ciudad de Barcelona, a cuatro de mayo de dos mil dieciséis.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimoséptima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario, número                      seguidos por el Juzgado Primera Instancia 1 Barcelona, a instancia de                      -

                    quien se encontraba debidamente representado/a por Procurador y asistido/a de Letrado, actuaciones que se instaron contra CATALUNYA BANC SA, quien igualmente compareció en legal forma mediante Procurador que le representaba y la asistencia de Letrado; actuaciones que penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación de                      Y CATALUNYA BANC SA contra la Sentencia dictada en los mismos de fecha 23 de junio de 2014, por el Sr/a. Juez del expresado Juzgado.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El fallo de la Sentencia recaída ante el Juzgado de instancia y que ha sido objeto de apelación, es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Estimo parcialmente la demanda promovida por [redacted] contra CATALUNYA BANC, S.A., declaro el incumplimiento por la demandada de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de deuda subordinada, y la condeno a indemnizar al actor en concepto de daños y perjuicios en 16.587,37 euros, más los intereses legales desde la presentación de la demanda. No se imponen las costas procesales a ninguna de las partes."

**SEGUNDO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de [redacted] Y CATALUNYA BANC SA y admitido se dio traslado del mismo al resto de las partes con el resultado que es de ver en las actuaciones, y tras ello se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial.

**TERCERO.-** De conformidad con lo previsto en la Ley, se señaló fecha para celebración de la votación y fallo que tuvo lugar el pasado veintisiete de abril de dos mil dieciséis.

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

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> Mireia Borguñó Ventura.

#### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** Tanto la representación de D. [redacted] como la de CATALUNYA BANC S.A. interponen recurso de apelación contra la sentencia dictada el 23 de junio de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Barcelona en autos de juicio ordinario n° [redacted].

El presente procedimiento se inició por demanda presentada por D. [redacted] contra la entidad CATALUNYA BANC

SA, en la que la parte actora ejercita la acción del art. 1.101 del Código Civil por incumplimiento de la entidad financiera de su obligaciones legales, en concreto del deber de información, y reclama la cantidad de 40.357,17 € como indemnización de daños y perjuicios causados por la negligente comercialización de las obligaciones subordinadas que adquirió. A la pretensión deducida se opone la demandada CATALUNYA BANC que alega haber cumplido todas sus obligaciones contractuales y legales, y sostiene que no prestó un servicio de asesoramiento sino que la relación debe ser calificada de simple mandato, y alude al caso fortuito por la imprevisibilidad de la crisis económica y financiera.

La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda por considerar que la información facilitada por la demandada en el proceso de contratación fue insuficiente o deficitaria, en relación con la naturaleza compleja, características del producto suscrito y alcance del riesgo asumido, estimando probado el incumplimiento contractual imputable a Catalunya Banc, si bien reduce la cuantía de la indemnización reclamada al descontar de la misma, no sólo el importe del canje, sino también las cantidades percibidas por el actor en concepto de rendimientos, y fija dicha indemnización en 16.587,37 €.

Frente a dicha resolución se alzan ambas partes que recurren en apelación. La demandada CATALUNYA BANC SA funda su recurso en varios motivos relativos a: la naturaleza jurídica de los títulos adquiridos y de la relación contractual; el cumplimiento de sus obligaciones legales, especialmente la de información; la inexistencia de asesoramiento en la compra e incongruencia de la sentencia; la no concurrencia de los requisitos de la acción ejercitada; y la existencia de actos contradictorios de la actora. La parte actora, por su parte, funda su recurso en la determinación de la cuantía indemnizatoria, pues entiende que no deben computarse a tales efectos los rendimientos recibidos, y la no imposición de las costas.

Ambas partes se oponen al recurso de la contraria.

**SEGUNDO.-** Según resulta de la prueba documental, el actor

suscribió con CAIXA CATALUNYA (hoy Catalunya Banc) una orden de suscripción de obligaciones de deuda subordinada por un importe de 180.000 € el 14 de enero de 2010 (doc. 1-d demanda). Dicha inversión fue proporcionando rendimientos al actor por importe de 16.587,37 €, según se recoge en la sentencia con fundamento en el documento nº 4 del escrito de contestación a la demanda.

Es un hecho notorio que, a raíz de la crisis económica que afectó a la liquidez de las entidades bancarias y en cumplimiento de las directrices aprobadas por la Comisión Europea, el FROB acordó imponer a la demandada la recompra obligatoria de las emisiones de participaciones preferentes y deuda subordinada cuyo importe se aplicó a la suscripción de acciones de nueva emisión de Catalunya Banc S.A. en los términos previstos en la resolución de la Comisión rectora del FROB de 7 de junio de 2013. Adicionalmente, y como parte del proceso, el FGD al amparo de la DA 5ª del RDL21/2012, de 13 de julio, efectuó una oferta a los titulares de dichos productos para la adquisición de las referidas nuevas acciones con una quita.

En cumplimiento de dicha normativa, la demandada procedió al canje de la deuda subordinada de la que era titular el actor por acciones de Catalunya Banc. Posteriormente, el actor aceptó la oferta del FGD para la compra de dichas acciones por importe total de 139.642,83 € (doc. 2-a y 2-b demanda).

La diferencia entre el capital inicial invertido y la suma recuperada con la venta de las acciones es la que aquí se reclama en concepto de indemnización de daños y perjuicios y asciende a 40.357,17 €.

**TERCERO.-** La recurrente sostiene que las obligaciones de deuda subordinada son un título valor, y que no puede ser cuestionada en el procedimiento la validez de la emisión misma y, por ende, la de tales títulos. Añade que el actor no cuestiona las obligaciones que nacen de tales productos como títulos valores, sino la validez de la adquisición de los mismos por falta de información recibida, y que la acción ejercitada no lo es respecto del título mismo, sino respecto del negocio jurídico de su

adquisición, esto es, de la compraventa.

La sentencia analiza exhaustivamente tanto la naturaleza y características de la deuda subordinada como las obligaciones que nuestro ordenamiento jurídico impone a la entidad financiera demandada. Tales características se recogen en la STS del 25 de febrero de 2016 (ROJ: STS 610/2016), de la que, en resumen resulta que las obligaciones subordinadas son instrumentos financieros complejos cuya comercialización exige el cumplimiento de la normativa protectora informativa prevista en la Ley del Mercado de Valores y en sus normas de desarrollo, y en modo alguno pueden considerarse simples títulos valores como pretende la recurrente.

Sin reiterar así las consideraciones generales sobre tales extremos, pues las contenidas en la sentencia de instancia son suficientes y se dan aquí por reproducidas, pasamos a examinar las concretas cuestiones que las recurrentes plantean en sus recursos.

La acción de reclamación de daños y perjuicios que se ejercita en la demanda se funda en el incumplimiento de la entidad emisora de deuda subordinada en los instantes previos a su contratación de su obligación de su obligación de proporcionar la información adecuada sobre tal producto.

La contratación de deuda subordinada se hizo en el año 2010, por lo que era plenamente aplicable Ley 47/2007 de 19 diciembre que modificó la Ley del Mercado de Valores y por la que se traspuso la normativa Mifid. La STS de 7 de julio de 2015, nº 376/2015 específica, interpretando la normativa legal y con cita de la Sentencia 460/2014, de 10 de septiembre, el contenido del deber de información que tal normativa impone a las entidades financieras: "Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente

a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza".

**CUARTO.-** De un nuevo examen de la prueba documental aportada por las partes y del visionado del juicio oral, llegamos a la misma conclusión que el Juez a quo, pues es evidente que la información facilitada al actor fue totalmente insuficiente y errónea. En primer lugar, la actuación de Caixa Catalunya en relación al Sr.

no puede considerarse como cumplimiento de un mandato, tal y como pretende la recurrente, sino como acertadamente concluye el Juez a quo como un servicio de inversión consistente en asesoramiento prestado por una entidad financiera a sus clientes, puesto que no se trató de una difusión indiferenciada de productos o servicios financieros o de inversión dirigida al público en general, sino de una promoción que Caixa Catalunya propuso al actor, quien era cliente habitual de la oficina bancaria y con la que mediaba una absoluta relación de confianza.

La declaración del Sr. [redacted], director de la oficina de la demandada en la que el actor suscribió la deuda subordinada, junto con la prueba documental, es determinante para estimar acreditado el incumplimiento del deber de información. De la prueba referida resulta que el actor era vigilante de seguridad, sin conocimientos financieros, y tenía el perfil de cliente minorista. El Sr. declaró en el juicio que, si bien no recuerda con exactitud las circunstancias de la contratación, la información que se daba a los clientes era que la deuda subordinada era un producto de alta rentabilidad, de fácil liquidez, que era asimismo era un producto prudente y muy seguro, pero no se les informaba de los riesgos sobre el capital por cuanto la propia entidad era la "garantía".

En el test de conveniencia consta que no había trabajado en el sector financiero, y que con anterioridad había adquirido productos de inversión sin riesgo o con riesgo de rentabilidad, pero no de capital. El resultado de dicho test no se compadece con la realidad por lo expuesto hasta ahora, lo que en modo alguno exime a la recurrente del cumplimiento de su obligación de información.

Por otra parte, la demandada aportó los Folletos informativos de la emisión de deuda subordinada contratada por el actor, y manifestó haberlos entregado al cliente, aunque dicha entrega no consta acreditada y ha resultado contradicha por el referido testigo. Pero es que además ni en tales documentos ni en la orden de compra, resultan claramente explicados los riesgos del producto, mencionando únicamente como principales riesgos asociados al emisor o su actividad los riesgos derivados del crédito y las variaciones de tipos de interés y precios de mercado, no constando, por tanto, la existencia del riesgo de perder todo el capital. En ellos no se informa en realidad más que de cuestiones puramente técnicas de la emisión de deuda subordinada, pero no se explican de manera clara y comprensible ni las características de este producto financiero ni sus riesgos, especialmente la posibilidad de perder el capital de la inversión. Estos folletos informativos están redactados en un lenguaje difícilmente comprensible para quien no posee conocimientos financieros de tal suerte que, en realidad, no transmiten información alguna al consumidor. A este respecto habrá que recordar nuevamente que la entidad financiera no cumple con su obligación de informar si la información que facilita no es clara, completa, en términos comprensibles, imparcial y no engañosa, y el folleto informativo no reúne estos requisitos, pues como declara la STS 8 julio 2014, con cita de la STS nº 244/2013, del Pleno, de 18 de abril de 2013, "la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco y no de mera disponibilidad, que chocaría con el carácter imperativo y tuitivo de la normativa aplicable".

**QUINTO.-** De lo expuesto se concluye que la demandada sí incumplió su deber de informar de forma suficiente y adecuada al actor. Como declara la STS del 30 de diciembre de 2014 (ROJ: STS 5531/2014): "No cabe descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las

participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad".

En cuanto a tal relación de causalidad, aduce la demandada recurrente que el daño sufrido por el actor no es consecuencia, en modo alguno, de una actuación imputable a CATALUNYA BANC sino de un acto voluntario de aquel consistente en la venta de sus acciones al FGD. El argumento podría ser atendido si el actor hubiera procedido a la venta de las obligaciones subordinadas en condiciones y circunstancias normales, pero es obvio que no fue así. A este respecto, hay que recordar que los clientes de Caixa Catalunya vieron como en junio de 2013 el FROB les imponía el canje obligatorio de las participaciones preferentes y deuda subordinada por acciones de nueva emisión de la entidad demandada, medida ésta que iba acompañada de la opción concedida a los clientes minoristas de proceder a su venta al FGD. Así las cosas, es evidente que la venta de las acciones no ha sido voluntaria, sino impuesta por las circunstancias, ya que la alternativa a la venta era la pérdida total de la inversión. No cabe hablar, por tanto, de acto propio cuando la decisión de vender es fruto de la desesperada situación en la que se encontraron los clientes que habían adquirido participaciones preferentes y deuda subordinada que, de repente, ven como les imponen el canje de esos títulos por unas acciones que carecen de liquidez, con el resultado de haber perdido su inversión, de tal suerte que la venta aparece como el único modo de recuperar parte de la misma. Por lo demás, cabe recordar la doctrina jurisprudencial (STS de 16 de septiembre de 2004 o de 28 de septiembre de 2009), que rechaza la pertinencia de aplicar la doctrina de los propios actos a los supuestos de "error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia" ya que "el conocimiento viciado es notoriamente incompatible con la exigida intención manifiesta" que requiere dicha doctrina.

En última instancia, hay que recordar que la entidad financiera incumplió su obligación de proporcionar a la demandante información clara, pormenorizada, correcta, precisa, suficiente e individualizada sobre las características y riesgos del producto que ofrecía. Y fue el incumplimiento de este deber profesional el



que llevó a la actora a suscribir las obligaciones de deuda subordinada sin tener conocimiento real de las consecuencias del producto.

Por todo lo expuesto, cabe concluir, coincidiendo con el juzgador de instancia que concurren todos y cada uno de los requisitos exigidos para que prospere la acción del artículo 1.101 del Código Civil, por lo que debe confirmarse la conclusión alcanzada por el Juez de instancia en orden al incumplimiento de la demandada de su obligación de informar adecuadamente al cliente, lo que conlleva la desestimación del recurso de CATALUNYA BANC.

**SEXTO.-** Del referido incumplimiento contractual el actor deriva la obligación de indemnización de daños y perjuicios. Examinando ya el recurso interpuesto por D. , este entiende que el daño causado es el diferencial entre lo invertido y lo recuperado con el canje, y que los intereses percibidos lo han sido por el tiempo que el banco ha tenido en su poder el dinero del actor, sin que puedan minorarse de la cantidad reclamada ya que ello implicaría enriquecimiento injusto. Por el contrario Catalunya Banc sostiene que tal enriquecimiento se produciría en caso de no computarse tales rendimientos. La sentencia de instancia acoge la tesis de la entidad financiera y descuenta tales rendimientos, pronunciamiento que es el objeto del recurso del actor.

La Sala ya se ha pronunciado en otras ocasiones en relación a este extremo, en concreto en la sentencia de 1 de septiembre de 2015 (ROJ: SAP B 10077/2015), conforme a la cual: "...sin que los intereses percibidos produzcan enriquecimiento injusto para la actora, quien de haber suscrito un depósito sin duda hubiera percibido cantidades por tal concepto durante esos años". En el mismo sentido las SAP Barcelona, Sección 16ª, de 26 de marzo de 2015: "1º)- La situación que califica Catalunya Banc SA como enriquecimiento injusto tiene su explicación (por tanto, su causa) en la relación contractual que mantuvieron las partes y en virtud de la que, como contrapartida a la entrega del capital invertido, se obligó CX a abonar determinadas retribuciones a la actora, circunstancia que por sí

sola excluye aquella calificación..... 2º)- Siendo cierto que percibió la actora los antedichos 3.025'99 euros, no lo es menos que tales rendimientos constituyen los frutos del capital invertido. Por tanto, tampoco desde un punto de vista estrictamente económico cabe sostener que la denunciada retención carezca de causa pues obedece a la lógica retribución por la entrega del capital del que CX pudo disponer obteniendo, a su vez, los correspondientes rendimientos".

Y asimismo la SAP Barcelona, sección 16, del 29 de octubre de 2015 (ROJ: SAP B 9991/2015): "En último término, la circunstancia de que la resolución del contrato litigioso se haya producido por una vía ajena al acuerdo entre las partes (la demanda del inversor no persigue la resolución de la compra de las subordinadas por cuanto ese efecto se produjo con ocasión de la operación de saneamiento bancario ya citada), justifica sobradamente que no opere en toda su extensión el mecanismo restitutorio propio del artículo 1.123 CC y que, en consecuencia, el inversor no se vea obligado a restituir los intereses percibidos durante la vigencia del contrato, del mismo modo que la entidad tampoco es condenada a devolver el rendimiento generado por el capital objeto de la inversión...".

Aplicando lo expuesto al supuesto de autos, debe revocarse en este extremo la sentencia de instancia en el sentido de no descontar de la cantidad solicitada en concepto de indemnización de daños y perjuicios los rendimientos percibidos por el actor durante la vigencia del contrato, condenando así a la demandada al pago de la cantidad reclamada en la demanda de 40.357,17 € más sus intereses legales desde la presentación de la demanda. La estimación de la demanda conllevará también la condena en costas procesales a la demandada, por lo que se estima en su totalidad el recurso de apelación interpuesto por el actor.

**SÉPTIMO.-** La desestimación del recurso de Catalunya Banc conlleva la imposición de las costas procesales al recurrente en virtud del art. 398 LEC. Y al estimarse el recurso de apelación del actor, no procede hacer especial imposición de las costas de esta alzada en virtud de lo dispuesto en el art. 398-2º LEC.

Vistos los preceptos legales aplicados y demás de general y pertinente aplicación,

**F A L L A M O S**

**Desestimar** el recurso de apelación interpuesto por la representación de CATALUNYA BANC S.A. y **estimar** el recurso de apelación interpuesto por la representación de D.

contra la sentencia dictada el 23 de junio de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona en autos de juicio ordinario nº que se revoca sólo en el sentido de condenar a CATALUNYA BANC S.A. a pagar al actor la cantidad de 40.357,17 € más sus intereses legales desde la interposición de la demanda, así como las costas procesales de la instancia.

Todo ello con imposición de las costas causadas en la alzada respecto del recurso de Catalunya Banc a esta, y sin hacer especial imposición de las costas causadas respecto del recurso del Sr. Moreno.

De conformidad con lo dispuesto en el punto 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la nueva redacción introducida por la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, BOE de 4 noviembre, visto el resultado de la resolución recaída, que comporta la pérdida del depósito ingresado en su día para recurrir por CATALUNYA BANC SA, dada la desestimación del recurso que interpuso, y en sus méritos procédase a dar a éste el destino previsto en la Ley.

Y procédase a la devolución de la totalidad del depósito ingresado en su día por la parte recurrente Francisco Jose Moreno Caballero, habida cuenta de la estimación del recurso interpuesto por la misma.

La presente resolución es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente

exigidos, a interponer ante este mismo tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación. Y firme que sea devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la resolución para su cumplimiento.

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

**PUBLICACION.** - Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por la Ilmoa. Sra. Magistrada Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.