

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA
SECCIÓN DECIMOSÉPTIMA

ROLLO núm.

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 27 BARCELONA
PROCEDIMIENTO ORDINARIO N°

S E N T E N C I A núm. 235/2016

Ilmos. Sres.:

Don José Antonio Ballester Llopis

D^a Mireia Borguñó Ventura

D^a María Sanahuja Buenaventura

En la ciudad de Barcelona, a dieciocho 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 27 Barcelona, a instancia de Y quien se encontraba debidamente representado/a por Procurador y asistido/a de Letrado, actuaciones que se instaron contra CATALUNYA BANC S.A., 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 CATALUNYA BANC S.A. contra la Sentencia dictada en los mismos de fecha 5 de diciembre 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: Que, ESTIMANDO la demanda de juicio ordinario interpuesta por el Procurador Sr. Toll Musteros en nombre y representación de ODon y Doña , DEBO CONDENAR Y CONDENO A CATALUNYA BANC S.A a abonar a la parte actora la suma de VEINTE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS EUROS CON NOVENTA Y SEIS CENTIMOS (20.832,96 euros) , más los intereses legales desde la fecha de la interpelación judicial y las costas causadas. "

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de CATALUNYA BANC S.A. 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 ha tenido lugar el día dieciocho de mayo 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^a Maria Sanahuja Buenaventura.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Invocando los arts. 78 y 79 LMV, y los arts. 1089, 1101, 1256 y 1288 del Código Civil, LMV y la LGDCU, el Sr.

y la Sra. interpusieron demanda contra CATALUNYA BANC, S.A. solicitando se declare el incumplimiento por la demandada de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de los títulos de deuda subordinada, y se la condene a indemnizarle los daños y perjuicios causados en la suma de 20.832,96 €, más los intereses legales, y las costas.

Exponían que entre 1996 y 2003 la demandada les vendió títulos de Obligaciones Subordinadas por un total importe nominal de 24.641,41 €; y en fechas 9-2-2011, 10-2-2011 y 4-8-2011, 28 títulos más, por 42.000.- €; que el Sr. . en el momento de la interposición de la demanda tenía 67 años, está jubilado, estudió bachillerato y fue comerciante autónomo en una tienda de productos de mercería; que la Sra. . tenía al presentar la demanda 50 años, sólo tiene estudios primarios y trabaja en la mecería que fue de su marido; que ambos carecen totalmente de conocimientos financieros, teniendo un perfil conservador respecto de sus ahorros; que son clientes de la oficina cercana a la mercería desde hace años y confiaban en el personal de la misma, siendo su Director quien les recomendó la compra de deuda subordinada indicándoles que había una buena rentabilidad, y que podían disponer de él en una semana, entregándoles una libreta con los movimientos de la cuenta; que la venta de 2011 la consideran dolosa porque en esa fecha ya se conocían sobradamente los problemas de liquidez que presentaba este producto, sin informarles tampoco sobre las características y riesgos del producto; que en junio de 2013 el FROB impuso la recompra obligatoria para la suscripción de acciones de la demandada, y el Fondo de Garantía de Depósitos formuló una oferta para la adquisición de las acciones, por lo que se acogieron a la liquidez ofrecida, ascendiendo la quita a un total de 20.832,96 €, que es el daño que se reclama.

CATALUNYA BANC, S.A. se opuso indicando que los actores vendieron las acciones de manera voluntaria; que han obtenido 8.024,17 € por rendimientos, implicando la petición de contrario un enriquecimiento injusto; que cumplió con toda la normativa respecto a información vigente en el momento de la contratación (folletos informativos, test de conveniencia), no asumiendo función de asesora financiera de la actora; que la causante de la situación es la crisis económica, y niega la existencia de nexo causal entre la demandada y el presunto daño.

La sentencia de instancia estima la demanda, abordando cumplidamente las cuestiones planteadas.

SEGUNDO.- La representación de CATALUNYA BANC, S.A. plantea en su recurso las siguientes cuestiones:

- Afirma que se ha cuantificado erróneamente el daño y deben descontarse los rendimientos obtenidos.

- Error en la valoración de la prueba. Considera que debió atenderse en especial las testificales de los empleados de la recurrente.

- Niega que existiera asesoramiento a sus clientes, que lo que hubo fue comercialización de productos financieros, y cumplimiento de la orden de compra dada por la demandante.

- Respecto al deber de información afirma que no ha quedado acreditado que la recurrente no haya cumplido con los requisitos legales vigentes a la fecha de la contratación, y solicita que, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido y la dificultad probatoria generada por la propia demandante, al no cuestionar la adquisición de los títulos durante el transcurso de 10 años, supone la aplicación de la presunción "iuris tantum" de validez del consentimiento prestado.

- Falta de los requisitos para estimar la acción del 1101CC. El daño no es imputable a la demandada, pues la verdadera causa del mismo es la crisis económica; la demandada no ha sido la causante del daño, sino en todo caso el FGD o el mismo Estado, quienes implementaron toda la operativa que desencadenó el quebranto de los reclamantes; y falta el nexo causal pues tras el canje de los títulos valores por acciones, decidieron vender de forma voluntaria las mismas

- Tampoco se debieron imponer las costas por las dudas de hecho y de derecho generadas.

TERCERO.- En cuanto a las obligaciones subordinadas, hacemos propios los razonamientos de la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Asturias, de 15 de marzo de 2.013, cuando expone que:

"las obligaciones subordinadas constituyen una mutación o alteración del régimen común de las obligaciones, que obedece al exclusivo propósito de fortalecer los recursos propios de las entidades de crédito y muy especialmente de las Cajas de Ahorros, caracterizándose porque en caso de quiebra o liquidación de la entidad de crédito tales obligaciones-préstamos ocupan un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsarán hasta que se hayan pagado todas las deudas vigentes en ese momento, constituyendo unos de sus requisitos el que dichos fondos deben tener un vencimiento inicial de al menos 5 años, tras dicho período podrán ser objeto de reembolso, así como que las autoridades competentes podrán autorizar el reembolso anticipado de tales fondos siempre que la solicitud proceda del emisor y la solvencia de la entidad de crédito no se vea afectada por ello. La idea fundamental desde el punto de vista jurídico reside en que la entidad de crédito prestataria y el adquirente inversor prestamista pactan, entre otras condiciones, que tales préstamos ocupen un rango inferior a los créditos de todos los demás acreedores y no se reembolsen hasta que no se hayan pagado todas las demás deudas vigentes del momento y es por ello, como señala la doctrina, por lo que la computabilidad como fondos propios no reside tanto en la titularidad de los recursos captados ni en su funcionalidad, cuanto fundamentalmente en su inexigibilidad. En este producto se pacta no ya que el crédito carece de privilegio alguno, sino que ni siquiera alcanza el estatus de crédito ordinario, se produce un desplazamiento del crédito, de forma que el principio de la "par conditio creditorum" sufre en este caso una excepción contraria a la de los acreedores privilegiados (...). El precio de la postergación lo constituye el devengo de los intereses más altos que la media del mercado de renta fija privada, de modo que a menor seguridad de tales obligaciones debido a su carácter subordinado debe incrementarse la rentabilidad de las mismas. Así mismo, las obligaciones subordinadas tienen la consideración oficial de producto complejo del art. 79 bis 8.a) de la Ley del Mercado de Valores, si se tiene en cuenta que este precepto considera no complejos dos categorías de valores: una primera, que englobaría los valores típicamente desprovistos de riesgo y las acciones cotizadas como valores ordinarios, cuyo riesgo es de general conocimiento; y una segunda, que considera valores no complejos aquéllos en los que concurran tres condiciones, a saber: que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o variados, por sistemas de evaluación independientes del emisor. Y, finalmente, que no impliquen pérdidas

reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento y que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características que sea comprensible, de modo que permita a un cliente minorista emitir un juicio fundado para decidir si realiza o no la operación”.

Y también compartimos los de la sentencia del Juzgado nº 1 de Mataró de 16-12-2014, cuando indica:

“El atractivo de la emisión de las indicadas obligaciones subordinadas, que no es otra cosa que derechos de crédito con el orden de prelación ordinario alterado y postergado por vía convencional, es que a través de las mismas se permite a las sociedades incrementar los recursos considerados como parte del capital riesgo (recursos propios sociales) al subordinar o postergar su rango crediticio respecto de todas las deudas sociales no subordinadas. De este modo, el acreedor subordinado participa del riesgo empresarial, aun cuando no tiene atribuido el carácter de socio. Esta participación en el riesgo empresarial permite calificar a la financiación subordinada como auténtico híbrido financiero, ya que su vestidura jurídica (préstamo a la sociedad) no se corresponde íntegramente con la finalidad económica satisfecha (la financiación subordinada forma parte o se computa como recursos propios sociales).

El prestamista que elige las obligaciones subordinadas y, en general, de valores o títulos representativos de un préstamo concursalmente relegado o postergado (tenedor de financiación subordinada), como medio de inversión es su superior rentabilidad respecto a la que proporcionan otros valores de renta fija cuyo adquirente contrae riesgos de crédito equivalentes, aunque no entrañan el eventual coste concursal de la relegación. Por esta razón, suelen caracterizarse los créditos o prestamos representativos de financiación subordinada como sujetos a reembolso condicionada, pues, en caso de cesar la actividad, del deudor emisor, disminuye su probabilidad de satisfacción de modo drástico en la medida en que la insolvencia sea declarada o sólo puedan ser pagados una vez satisfechos todos los demás acreedores. En cierto sentido, son créditos de reembolso condicionado a la solvencia del deudor, pues producida la situación de insolvencia, por ser el neto patrimonial negativo y haberse sometido voluntariamente a la restitución previa de los demás acreedores, el margen teórico para su reembolso es nulo, asemejándose su posición a la de los socios en caso de insolvencia.

Para el emisor, en cambio, la esencia del negocio estriba en incrementar la capacidad de endeudamiento cuando se desea, pese a las dificultades de búsqueda

de fondos en el mercado, acometer nuevas inversiones, reestructuras las fuentes de financiación preexistente, refinanciar el sobreendeudamiento o, más restringidamente, el pasivo anterior de su superior calidad; o simplemente, disponer de mayor liquidez o capital circulante, en condiciones de coste análogas al soportado en emisiones de participaciones preferentes, activo financiero, competidor singular homólogo de las cuotas participativas de las Cajas de Ahorro, cuyo riesgo crediticio es ligeramente superior, como corresponde al carácter cuasi social inherente a unas y otras. Esa cierta asimilación al socio, en el caso de los valores participativos determina la incertidumbre sobre el vencimiento de la inversión, constitutivamente opuesta a la certidumbre característica de la deuda subordinada. La cual, por tanto, y aun con todas sus peculiaridades, como valores de renta fija, no abandona su naturaleza de préstamo mutuo.

La emisión de las obligaciones subordinadas, como prestamos del acreedor a la entidad emisora, con postergación convencional y voluntaria de su derecho al cobro en caso de pérdidas por la entidad, conduce al auto sometimiento voluntario del crédito entregado a conceder prioridad de cobro a todos los acreedores sociales que no se hayan sometido a una subordinación similar. Se produce así por el suscriptor de las obligaciones subordinadas, una renuncia al régimen legal de prelación de créditos (CC art.1921 ss.y Ley Concursal art. 92.2º) que obliga al acreedor subordinado a participar del riesgo empresarial de forma similar a la del socio, aunque nunca igual, dado que el acreedor subordinado es siempre preferente al accionista, permitiendo que acreedores que, en puridad, debieran quedar relegados en el pago, ocupen un puesto privilegiado."

CUARTO.- En relación a la obligación de información, el art. 79 de la Ley del Mercado de Valores, en la redacción existente antes de la modificación de 2007, señalaba:

"Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos:

a) **Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes** y en defensa de la integridad del mercado.

b) **Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos.**

c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios.

d) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone.

e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados."

El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, también de aplicación, recogía las normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, y contenía un código de conducta en el que se exigían de la entidad bancaria, entre otras, las obligaciones de información que se recogen en el art. 5 apartado tercero, que indica:

"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".

Posteriormente el art. 79 bis LMV en su redacción al momento de las últimas suscripciones (Ley 47/2007 de 19 diciembre 2007), señalaba:

"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.

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.

6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente.

En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.

7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado.

8. Cuando la entidad preste el servicio de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios auxiliares, no tendrá que seguir el procedimiento descrito en el apartado anterior siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que la orden se refiera a acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; a instrumentos del mercado monetario; a obligaciones u otras formas de deuda titulizadas, salvo que incorporen un derivado implícito; a instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo y a otros instrumentos financieros no complejos. Se considerarán mercados equivalentes de terceros países aquellos que cumplan unos requisitos equivalentes a los establecidos en el Título IV. La Comisión Europea publicará una lista de los mercados que deban considerarse equivalentes que se actualizará periódicamente.

Tendrán la consideración de instrumentos financieros no complejos, además de los indicados expresamente en el párrafo anterior, aquellos en los que concurran las siguientes condiciones:

- i) que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor;
- ii) que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento;
- iii) que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

No se considerarán instrumentos financieros no complejos:

- i) los valores que den derecho a adquirir o a vender otros valores negociables o que den lugar a su liquidación en efectivo, determinada por referencia a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas;
- ii) los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del art. 2 de esta Ley;
- b) que el servicio se preste a iniciativa del cliente;
- c) que la entidad haya informado al cliente con claridad de que no está obligada a evaluar la adecuación del instrumento ofrecido o del servicio prestado y que, por tanto, el cliente no goza de la protección establecida en el apartado anterior. Dicha advertencia podrá realizarse en un formato normalizado;
- d) que la entidad cumpla lo dispuesto en la letra d) del apartado 1 del art. 70 y en el art. 70 ter.1.d). "

Las anteriores normas determinan que **corresponda a la entidad bancaria la carga de acreditar que proporcionó al cliente la información que exigen dichos preceptos**. Y la obligación de información de las entidades financieras, dada la complejidad de este mercado y el propósito de que se desarrolle con transparencia, exige que se cumpla especialmente en la fase precontractual con explicaciones exhaustivas y detalladas, folletos o documentos informativos, así como, posteriormente, a través de la redacción de los contratos que debe ser exacta, imparcial, clara y no engañosa. Además el TS ha indicado que esa obligación de información legalmente requerida se debe traducir en una **obligación activa de**

las empresas que actúan en este ámbito, y no de mera disponibilidad.

La STS, del 20 de enero de 2014 (Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO) razona:

"Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque **las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto.**"

Y considera que:

"Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), **"(1) a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente"** (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE .

El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el **servicio de asesoramiento** en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por **recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)**", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público."

La actuación de la entidad financiera no fue una mera intermediación, sino un asesoramiento financiero directo, individualizado y encaminado hacia un producto en concreto, orientando a los demandantes a la adquisición de las obligaciones subordinadas, de las que con absoluta seguridad desconocían su complejidad. Hubo recomendación personalizada, directa, específica y efectiva hacia el producto contratado, lo cual encaja en el supuesto del art. 63 de la LMV (que entre las actividades complementarias de los servicios de inversión incluye el asesoramiento sobre inversión), y ello con independencia de que no existiera contrato por escrito o de que no se cobraran honorarios derivados del asesoramiento en sí y aunque solo conste una orden de compra. Y el servicio de asesoramiento debe prestarse con especial esmero cuando se trata de clientes de las características de los actores, sin conocimientos financieros, y de perfil conservador respecto a las inversiones.

El Sr. _____ y la Sra. _____ no tuvieron iniciativa en la contratación de las obligaciones subordinadas sino que, al contrario, la única iniciativa fue de la entidad financiera, asumiendo ellos un riesgo desproporcionado y no querido por clientes sin conocimientos del mercado financiero. Se comercializaba como un depósito, sin advertir de la posibilidad de pérdida, pues se consideraba que estaba garantizado por la propia entidad. A los demandantes no se le informó del riesgo de pérdida de capital e interés, que son las notas más destacadas de este producto. No se les informó de los aspectos negativos del mismo, quedándose con los positivos (tipo de interés atractivo), con lo que no se les ofreció información adecuada para formar su voluntad y que pudiesen prestar su consentimiento libre y formado, con conocimiento de causa. A los clientes se les decía que era un producto de la propia entidad, con la garantía de la misma, que lo definía como prudente o conservador en el momento en que se comercializó.

Por ello se ha de concluir que la demandada incumplió sus obligaciones que, no solo eran legales, sino también contractuales

por el servicio de asesoramiento a que estaba obligada.

La consecuencia del incumplimiento del servicio de asesoramiento, pues la demandada no ha aportado prueba alguna que acredite que se informó debidamente a los demandantes de los riesgos del producto que se estaba comercializando, es que debe responder de los daños causados.

Asimismo existe un evidente error excusable que claramente comportaría la nulidad del contrato, pues como indica el TS en sentencia de 12 de enero de 2015:

"Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, lo que implica que debe facilitar la información correcta en la promoción y oferta de sus productos y servicios y no solamente en la documentación de formalización del contrato mediante condiciones generales, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico."

Y la misma sentencia del TS indica los criterios para entender confirmado el contrato, los requisitos exigidos en el art. 1311 del Código Civil para que pueda considerarse tácitamente confirmado el

negocio anulable:

"La confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración. Los hechos en que Banco Santander sustenta la alegación de confirmación del contrato son inadecuados para sustentar tal afirmación. La falta de queja sobre la suficiencia de la información es irrelevante desde el momento en que, además de ser anterior al conocimiento de la causa que basaba la petición de anulación, era la empresa de servicios de inversión la que tenía obligación legal de suministrar determinada información al inversor no profesional, de modo que este no tenía por qué saber que la información que se le dio era insuficiente o inadecuada, y de ahí que se haya apreciado la existencia de error."

Y también la STS del 10 de noviembre de 2015 (Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES) indica:

"En cuanto a los supuestos actos propios de la demandante, que implicarían la prestación tácita del consentimiento, **como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento**, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria."

En este caso no se ha planteado la acción de nulidad, sino la acción por los daños causados que ha sido debidamente estimada por la sentencia de instancia, cuyos razonamientos hacemos propios, pues los actos de la parte actora en modo alguno compensan los incumplimientos de la demandada. Existe un nexo causal claro entre el incumplimiento de sus obligaciones por la demandada y la pérdida patrimonial sufrida por los actores.

QUINTO.- Y tras la venta de las acciones, después del canje

realizado por el FROB, se sigue teniendo acción pues como se indica en la SAP Castellón, de 30 de septiembre de 2014:

"...a la vista de las circunstancias concurrentes en que se produjo dicha operación y que impiden realmente hablar de la confirmación del negocio de suscripción de los títulos de deuda subordinada, (...) porque la venta de las acciones no puede desligarse de su canje previo por los títulos de deuda, que tuvo carácter obligatorio, estando conectadas funcionalmente dentro del proceso de rescate, recapitalización o reestructuración bancaria en que se insertan conforme al RD Ley 21/12, de 13 de julio, de medidas de liquidez de las Administraciones Públicas y en el ámbito financiero (con expresa previsión de adquisición por el Fondo de las acciones que aquí nos ocupan) y Ley 9/12, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (Capítulo VII fundamentalmente), en lo que respecta lógicamente en el presente caso a la entidad emisora de la deuda primero y después de las acciones. Así se deriva igualmente de su contemplación conjunta en la Resolución de la Comisión Rectora del FROB de 7 de junio de 2013 obrante en las actuaciones por la que se fijó el canje obligatorio de los títulos de deuda por las acciones y de la propia comunicación inmediata tras la misma de la entidad bancaria refiriendo tanto el canje como la posibilidad de venta al Fondo. Si a ello se añade que lógicamente el rescate bancario obedece a una situación de crisis en la entidad (afectante directamente a los títulos suscritos en razón de su verdadera naturaleza), que las nuevas acciones no iban a cotizar en ningún mercado y que la oferta de adquisición de las acciones fruto del canje estaba limitada en el tiempo, se erigía realmente como única solución para los demandantes y demás en idéntica situación la de enajenar las acciones recibidas para no tener que soportar más pérdidas de las ya derivadas de toda la operación en su conjunto conforme al diseño realizado de la misma de manera acorde a los principios y criterios fijados en aquella regulación. De ahí que, aunque formalmente estemos ante negocios jurídicos diversos, diversamente a lo defendido por la parte apelante y a los efectos que ahora nos ocupan debemos ver por esa ligazón la existencia de una única operación conjunta tendente a restituir parte de la inversión en deuda subordinada que viene presidida en todo momento por la imposición de un canje entre efectos de naturaleza diversa, circunstancias éstas que unidas a aparecer como única salida posible tras el mismo la de aceptación de la oferta de venta realizada al unísono desde la óptica que no pudo más que presidir la adquisición en su día de las obligaciones subordinadas, no permiten considerar que concurriera ni una verdadera voluntad de realizarse aquella

operación tal como vino dada ni, en relación directa e inmediata de, una verdadera confirmación de los contratos a través de las que fue suscrita la deuda subordinada, situándose bastante lejos desde luego lo acontecido de los procederes que permitieren considerar la existencia de una confirmación tácita (único ámbito en el que nos podríamos mover) conforme al art. 1.311 del C. Civil" viniendo a ratificar lo expuesto el contenido de los documentos de reserva de acciones legales (folios 73 y 77 de las actuaciones) que presentaron las partes en la entidad al aceptar la oferta de venta de las acciones.

En la línea de lo expuesto podemos mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, S.19, de 11 de abril de 2014, que resuelve un supuesto semejante al presente, debiendo añadirse finalmente que ante las consideraciones precedentes carece desde luego de toda relevancia la invocación que se realiza de la doctrina de los actos propios en el recurso, no pudiendo surgir en modo alguno la vinculación pretendida a través de su aplicación."

Y en la sentencia citada de esta sección SAP, del 23 de julio de 2014 (Ponente: JOSE ANTONIO BALLESTER LLOPIS), también se acogía la tesis indicada:

"... esta operación de venta y adquisición de las acciones está directa e inmediatamente relacionada con la obligatoria conversión de la participaciones en acciones; y si desde aquella reconversión se produjo ya un perjuicio evidente, parece claro que los afectados decidiesen enajenar las acciones antes de que perdiesen cualquier valor, desde la situación de profunda crisis que atravesaba la entidad que comercializó las repetidas participaciones preferentes. Luego la tesis que sustenta la demandada de que la venta voluntaria de las acciones reconvertida que se lleva a cabo por propia iniciativa del preferentista imposibilita la nulidad de los contratos, desconoce que la reconversión, que reduce drásticamente el valor de las participaciones, es obligatoria, y ante esa situación, si se ofrece al preferentista la posibilidad de adquisición de las acciones por el Fondo, parece evidente que el demandante decidiese prescindir de las repetidas acciones, lo que no impide dar a la nulidad, como recoge la sentencia dictada la instancia, los efectos que legalmente le son atribuibles desde el propio código civil."

SEXTO.- Finalmente entendemos que no se debe descontar el importe de los intereses percibidos por la parte demandante, puesto

que a los demandantes hubiera correspondido en todo caso percibir rendimientos por su "depósito" en la entidad demandada. Por ello, no se considera que se ha producido enriquecimiento injusto alguno, porque además, los daños y perjuicios deben incluir tanto el daño emergente como el lucro cesante (art. 1106 CC), que puede concretarse en los intereses recibidos.

SÉPTIMO.- Desestimado el recurso planteado se condena en costas al recurrente (art. 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil)

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso planteado por la representación de CATALUNYA BANC, S.A., y confirmamos la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Barcelona, el cinco de diciembre de dos mil catorce, con condena en costas al recurrente.

Visto el resultado de la resolución recaída, y conforme lo recogido 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, con pérdida del depósito ingresado en su día para recurrir, y en sus méritos procédase a dar a éste el destino previsto en la Ley.

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 Ilma. Sra. Magistrada Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.