



Roj: **SAP M 2147/2019 - ECLI:ES:APM:2019:2147**

Id Cendoj: **28079370142019100033**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **14**

Fecha: **20/02/2019**

Nº de Recurso: **506/2018**

Nº de Resolución: **62/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PABLO QUECEDO ARACIL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimocuarta

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 6 - 28035

Tfno.: 914933893/28,3828

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2016/0023448

**Recurso de Apelación 506/2018**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 15 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 174/2016

**APELANTE:** Dña. Zaida y D. Rosendo

PROCURADOR: JACOBO GARCÍA GARCÍA

**APELADO:** CATALUNYA BANC

PROCURADOR D. ARGIMIRO VAZQUEZ GUILLEN

**SENTENCIA**

**ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:**

D. PABLO QUECEDO ARACIL

D. JUAN UCEDA OJEDA

Dña. PALOMA GARCIA DE CECA BENITO

En Madrid, a veinte de febrero de dos mil diecinueve.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente D. PABLO QUECEDO ARACIL

La Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 174/2016 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 15 de Madrid, en los que aparece como parte apelante Dña. Zaida y D. Rosendo representados por el Procurador D. JACOBO GARCÍA GARCÍA y defendidos por el Letrado D. PABLO MALLAGRAY STAMPA, y como parte apelada CATALUNYA BANC, representada por el Procurador D. ARGIMIRO VAZQUEZ GUILLEN y defendida por el Letrado D. DAVID VILADECANS JIMÉNEZ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra *Sentencia* dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 01/03/2018 .

**ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 15 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 01/03/2018 , cuyo fallo es del tenor siguiente: "Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que me confiere la Constitución, he decidido desestimar la demanda interpuesta por don Rosendo y doña Zaida frente a Catalunya Banc, S.A y, en consecuencia:

Absolver a Catalunya Banc, S.A de todos los pedimentos cursados en su contra.

Condenar en costas a don Rosendo y doña Zaida ."

**SEGUNDO.-** Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte demandante Dña. Zaida y D. Rosendo a los que se opuso la parte apelada CATALUNYA BANC y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LEC , se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

**TERCERO.-** Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 6 de febrero de 2019.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

No se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### **PRIMERO.- El debate.**

Los actores instaron la nulidad de la orden de suscripción de obligaciones subordinadas de Bancaja, comercializadas por Caixa de Catalunya (actual Catalunya Banc).

Subsidiariamente pedían la resolución contractual por incumplimiento por la demandada de los deberes de información, lealtad y diligencia recogidos en las leyes civiles y mercantiles.

Como ultima pretensión, también subsidiaria, ejercitaban la acción del Art.1.101 CC por el cumplimiento negligente de la entidad de sus obligaciones.

Se fundan en que el 4-3-2010 firmaron una orden de suscripción de 100.000€ nominales de obligaciones subordinadas de Bancaja, código ISIN NUM000 .

Era la novena emisión de dicha entidad, cuya fecha de amortización era el 29-11-2018, aunque el emisor podía amortizarla anticipadamente a partir del 29 de noviembre de 2013, aunque ha sido amortizada a resultas de la situación de BANKIA S.A., que había absorbido a Bancaja.

Causaliza su petición en el error por falta de información, ya que carecían de experiencia financiera siendo su perfil netamente conservador. La operación se fraguó por la intervención de D. Jose María , empleado de Catalunya Caixa, quien recomendó la suscripción de las obligaciones subordinadas, sin recibir ninguna información sobre los riesgos que la operación; la información de riesgos se recibió cuatro días después de la orden de suscripción.

Catalunya Banc, S.A, se opuso alegando, en primer lugar, falta de legitimación pasiva ya que las obligaciones subordinadas fueron adquiridas en el mercado de renta fija AIAF, por lo que el actor adquirió de un tercero. La demandada no habría recibido el importe de la adquisición y no podría ser destinatario de la restitución de prestaciones.

En segundo lugar opuso caducidad de la acción. La demanda se interpuso en febrero de 2016, y la compra de las obligaciones se efectuó en marzo de 2010, por lo que habría transcurrido el plazo de 4 años previsto en el art.1301 CC .

Opone que habría confirmación del contrato ocasionado por la venta de las acciones de Bankia por las que se canjearon las obligaciones.

Finalmente, niega el error en el consentimiento. El actor adquirió el producto un 27% más barato, ya que el precio era de 100.000€ abonó 73.000€, Además, el perfil inversor de los actores no es el que afirma la demanda, ya que tiene invertidos aproximadamente unos 800.000€ en diferentes mercados financieros y bursátiles.

La sentencia de instancia desestimó la demanda.

### **SEGUNDO.- Recurso del actor.**

ÚNICO- Inexcusabilidad del error, deficiente apreciación de la prueba y deficiente entrega de la documentación.



Conviene precisar en este epígrafe la existencia de motivación para apreciar los requisitos exigidos para que concurra en el presente supuesto un vicio del consentimiento respecto a los actores, atendiendo a lo dispuesto por la jurisprudencia de esta ilustre Sala.

En primer lugar, esta representación considera necesario que para apreciar la existencia de los requisitos de concurrencia del error vicio en el consentimiento debe valorarse la documentación de esta parte apelante, adjuntada con el escrito de demanda, así como la aportada por la contraparte en el escrito de contestación y además, valorar justamente la prueba practicada en la vista oral del juicio ordinario, y concretamente:

Es capital poner de manifiesto en este recurso, que el perfil de Don Rosendo se ha elaborado por parte del juzgador de manera diferente a la realidad, ya que el juzgador elabora ese perfil, según el Fundamento Jurídico Sexto, con base en tres factores, todos ellos malinterpretados en la sentencia.

Las consideraciones acerca del perfil de Don Rosendo y de su mujer son importantes para este asunto; hasta el extremo de que el juzgador lo considera de gran relevancia para determinar la validez del consentimiento.

La primera aseveración incorrecta acerca del perfil de don Rosendo, es que, en el momento de adquirir los títulos litigiosos, llevaba "dieciséis años de inversiones en diferentes mercados y entidades", cuando la realidad, según se desprende del DOCUMENTO N°2 de la contestación a la demanda. Don Rosendo realiza su primera operación bursátil en marzo de 2010, es decir, en el mismo mes y año en que se adquieren las obligaciones subordinadas, Si atendemos al detalle de este documento, se pone de relieve que ni Don Rosendo ni su mujer habían estado especulando con su dinero en los mercados financieros, sino que, por recomendación de don Jose María, empezaron a operar en el momento en el que le conocen en el año 2010, bajo su asesoramiento, tal y como reconoció el propio Sr. Jose María en el acto del juicio,.

Este dato es de capital importancia, No es lo mismo elaborar el perfil de una persona que lleva más de 15 años operando en bolsa que elaborar el perfil de una persona que está ante sus primeras operaciones especulativas, de la mano de un supuesto profesional en la materia.

En este caso, y como se puede apreciar si acudimos simplemente a la fecha de las operaciones, resulta que el perfil de don Rosendo y de su mujer, es el de dos personas que jamás han operado en bolsa hasta marzo de 2010.

Otro de los factores de los que se sirve el juzgador para elaborar el perfil del matrimonio, es que el supuesto valor de las operaciones reflejadas en el extracto, es de aproximadamente 800.000€. Entiende esta parte que el juzgador ni siquiera acudió al detalle de la fecha de las operaciones y mucho menos acudirá al detalle de los montantes de dichas operaciones. En caso de haber acudido a cualquiera de estos detalles, separada o conjuntamente, seguro que hubiese esbozado un perfil distinto al que se plasma en la Sentencia. Si analizamos la cartera con la que Don Rosendo y su mujer se hacen después de obtener un dinero de la venta de una empresa de Don Rosendo, nos damos cuenta que en marzo de 2010 Don Rosendo no adquiere 800.000€ en diversos y arriesgados productos financieros, sino que adquiere 140.000€ en valores de renta variable, diversificados en 14 tipos de valores, que a su vez, se incardinan en diferentes sectores.

Así, si realizamos un análisis pormenorizado de la cartera de Don Rosendo, nos damos cuenta de que la misma se encuentra diversificada en sectores como el de banca, telecomunicaciones, infraestructuras y gran consumo. Las inversiones se realizan en títulos de gran capitalización en los mercados en los que cotizan (por lo que estos valores están menos expuestos a la volatilidad de los mercados) y en diferentes sectores (lo que mitiga el riesgo propio y por ende la volatilidad de cada uno de esos de los títulos). En conclusión, se puede decir que la cartera de Don Rosendo es la típica que un asesor experto recomendaría a un inversor que empieza a interesarse por los mercados y que no desea exponerse mucho al riesgo de los mercados de valores.

Estos 140.000€ de la cartera de renta variable con que Don Rosendo se inicia en los mercados en marzo de 2010, serán los mismos 140.000€ que Don Rosendo utilizará para, siguiendo el consejo de su asesor, operar en los mercados hasta la fecha actual. Es importante observar los movimientos del extracto, ya que de ellos se deduce que Don Rosendo no ha ido aumentando su cartera de renta variable hasta los 800.000€ como menciona la sentencia, sino que con una cuarta parte de esa cantidad, Don Rosendo ha estado operando hasta 2016 según consta.

A todo lo anterior y para poder hacer una idea completa de la cartera de Don Rosendo, hemos de tener en cuenta sus inversiones en renta fija, que equiparan o superan en cantidad a las de renta variable, signo de que el perfil de Don Rosendo y de su esposa, para con los ahorros de la familia, es un perfil conservador,

Dentro de su cartera de renta fija es donde se incardinan las obligaciones subordinadas y litigiosas, que se comercializaron como si de un producto sin riesgo se tratase, es decir, como un bono o cualquier otro título



de renta fija en el que el capital está garantizado y arroja una pequeña rentabilidad, que atiende a su pequeño riesgo.

Para continuar con el perfil correcto de Don Rosendo , también discrepamos con la consideración que la juzgadora realiza acerca del "terminal de negociación para invertir en bolsa. El terminal de negociación es una plataforma electrónica de cotización y negociación de instrumentos financieros, especialmente diseñado para negociación profesional". Dicho terminal es una aplicación de lo más simple que se puede instalar en cualquier ordenador personal y que le proporciona la entidad bancaria a Don Rosendo como cliente de la misma. Cuestión distinta a para qué esté diseñado, es cómo se utilizó dicha aplicación por Don Rosendo , y considera esta parte que la segunda cuestión es más determinante que la primera para elaborar el perfil inversor de un cliente bancario. A este respecto, cabe decir que Don Rosendo lo utilizó para hacer alguna de las operaciones que se reflejan en el extracto de su cuenta de valores, la gran mayoría de ellas posteriormente a la adquisición de los títulos litigiosos.

Por lo anterior, entiende esta parte probado que el perfil de Don Rosendo y de Doña Zaida es distinto al dado en la sentencia, por lo que el error es absolutamente excusable para mis mandantes.

Después de analizar la cartera y la operativa de Don Rosendo , entiende esta parte que corresponde ahondar en el informe de conclusiones elaborado por la CNMV, que no se menciona en toda la sentencia y que resulta esencial para cambiar el sentido de la resolución y que sea acorde con la realidad de los hechos litigiosos. En el informe, en la consideración 2.3.2, dice, respecto al contenido de la información escrita, que "A este respecto, debe precisarse que la declaración de riesgos firmada por usted que aporta la entidad es posterior en cuatro días al momento en que usted cursó su orden de compra de obligaciones subordinadas reclamadas -está datada el 8 de marzo de 2010- y, además, no informa de los riesgos específicos del activo que contrató, sino sólo de forma genérica algunos riesgos que puedan afectar a productos complejos, e incluso indica de forma errónea que su cupón era "Euribor +0,40"; y que el folleto reducido que la entidad adjunta como entregado a usted no se corresponde con ningún folleto sino sólo con la primera hoja del folleto programa de renta fija, al amparo del que Bancaja realizó en el año 2005, la emisión de las obligaciones subordinadas reclamadas.

Además, si bien la entidad no acredita haberle entregado el resto de ese folleto, su eventual entrega tampoco hubiera servido para cumplir con sus obligaciones de información, toda vez que ese documento ni siquiera permitía discernir si lo que se estaba adquiriendo eran obligaciones simples, bonos de tesorería, obligaciones subordinadas o cédulas hipotecarias (esos eran los tipos de activos que se podían emitir con cargo a ese folleto programa, para lo que se debía registrar en la CNMV la correspondiente información complementaria), ni tampoco los términos y condiciones de la emisión que no se especificaron en la orden de compra que firmó."

Consideramos que si la juzgadora hubiese atendido a los dos párrafos anteriores, hubiese valorado de forma distinta la información que le dieron a don Rosendo , ya que además a su mujer no le dieron ninguna en absoluto.

Consecuencia de lo anterior es que el error afecta a la sustancia del producto y no le es imputable a mis mandantes, ya que desconocen la naturaleza y riesgos del producto debido a que no se entrega ninguna documentación que informe acerca de la naturaleza y riesgos de las obligaciones, sino hasta cuatro días después de la contratación.

Así resulta imposible que Don Rosendo y Doña Zaida supiesen en realidad lo que estaban contratando, y tampoco tenían forma de saberlo a través de la lectura de los contratos cuya nulidad se solicita en este procedimiento.

De todo lo expuesto respecto a la información precontractual y a la documentación precontractual y contractual entregada a mi patrocinado, se extrae que la prueba se ha valorado deficientemente, sin tener en cuenta la ignorancia de quien debía tener una diligencia máxima a la hora de transmitir la información necesaria para que quien contrata, pueda hacerse una idea real del producto que suscribe y que esta persona no informó debidamente al matrimonio.

Hay aspectos fundamentales que impidieron que don Rosendo y su mujer conociesen realmente el producto, a saber:

- Inexistencia de la descripción del propio producto en la documentación entregada. Imposible diferenciar la clase de activo que se trata,
- Falta absoluta de claridad en las cláusulas de los contratos firmados. -Inexistencia de folleto informativo de naturaleza y riesgos del producto. -Ausencia de test de Idoneidad y de conveniencia.
- Declaración de riesgo del producto firmada 4 días después de la suscripción, y sólo por don Rosendo .



Estos aspectos, probados en el acto del juicio y a través de la documentación aportada, impidieron a mi mandante hacerse una representación mental correcta de lo que estaba contratando, y por ello entiende esta parte que la apreciación de la prueba, en concreto la prueba testifical y documental, ha sido valorada ilógicamente por la juzgadora y que el consentimiento de mis patrocinados estaba viciado, lo que hace nulos los contratos.

Falta de prueba de los presupuestos necesarios para declarar el vicio del consentimiento por dolo o error.

Se dice en la Sentencia que el error de mi mandante podría haberse salvado si éste no encajase en el perfil de un profesional inversor. Pues bien, en cuanto a las circunstancias personales de mi mandante, lo primero que ha de reseñarse es su formación, que como afirmó el propio Don Rosendo en el acto del juicio, consiste en una formación profesional de segundo grado y se ha dedicado a su empresa de publicidad, que posteriormente vendió para jubilarse, son factores que esta parte menciona desde un principio en el escrito de demanda.

Y en lo que concierne a su formación y a la clase de servicios que ha prestado, en ámbitos totalmente distintos al de los mercados financieros, se debe insistir en que no le permitieron conocer como si un profesional fuese.

Por ello entiende esta parte necesario centrarse en las relaciones y operativa de Don Rosendo y su mujer en el ámbito de sus ahorros domésticos, que es la circunstancia en la que se realiza esta inversión y no en el ámbito de sus negocios previos a la adquisición del producto. La parte contraria ha tratado durante todo el procedimiento del incardinar esta inversión y sus consecuencias en el ámbito profesional de Don Rosendo, pero no se debe olvidar que esta suscripción no se hace en el seno profesional, sino en el personal, junto a su mujer.

Todo lo anterior hace que el error fuera insalvable para Don Rosendo y Doña Zaida, pues ni se les informó correctamente de lo que contrataban, vendiendo el producto de marras como renta fija, ni la documentación era suficiente para entender la naturaleza y riesgos del producto.

La circunstancia de que Don Rosendo hubiese desempeñado cargos en diversas empresas alejados del asesoramiento financiero, no modifica las obligaciones contractuales de la demandada, ya que los contratos cuya nulidad se interesa son ajenos al ámbito de los negocios a los que Don Rosendo se había dedicado, debiendo añadirse que en dichos contratos, es consumidor y tiene la calificación de minorista, como su mujer, también contratante del producto y a la que no se otorgó ninguna clase de documentación ni información, como expuso el señor Jose María en el acto del juicio.

Por ello entiende esta parte que debe declararse la concurrencia de un error en la contratación, por haber afectado el déficit de información a la formación de la voluntad del contratante, en cuanto a que se omitieron totalmente rasgos esenciales del contrato, como son la naturaleza y riesgos del producto contratado, además de haberse basado la resolución en un perfil erróneo de mis mandantes.

En consecuencia y por las alegaciones expuestas en el presente recurso de apelación el presente recurso debe ser estimado, con imposición de costas a la parte contraria, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la L.E.C.

### **TERCERO.- *El asesoramiento financiero.***

Es rigurosamente cierto que no hay contrato de asesoramiento financiero, pero la compra de las subordinadas que nos ocupan viene motivada por una mecánica de compra, que siempre responde al mismo patrón; consejo por el personal de la entidad.

Nadie en su sano juicio acude a una oficina bancaria a contratar la pérdida de sus ahorros, ni conscientemente los pone en una situación de alto riesgo, ni compra un producto de tanto riesgo como las obligaciones subordinadas diseñadas para inversores sofisticados. Lo puede hacer un profesional, pero no un cliente de tipo medio ignorante del funcionamiento, entresijos y riesgos de los mercados financieros.

El método de contratación siempre ha sido el mismo. O bien un empleado de la entidad llama al cliente, que siempre es cliente habitual de la entidad, con muchos años de permanencia en ella, y que por profesión, y formación no tiene otra fuente de información y asesoramiento que la que le ofrecen en su banco o caja de toda la vida, o bien aprovechando que el cliente va a la oficina a cualquier trámite, le ofrecen el nuevo producto con técnicas muy agresivas en las que predominan las ventajas; alta rentabilidad, con ocultación de los inconvenientes, de manera que con solo esa visión se decide invertir en los productos aconsejados, que se le presentan como los más beneficiosos, en los que se insiste en que son muy parecidos a los plazos fijos tradicionales pero con mucha mejor rentabilidad, y disponibilidad inmediata

Nótese que los actores no son bróker, ni su actividad es la de inversionista en los mercados nacionales o internacionales.





A la vista de lo expuesto, resulta importante recordar lo dispuesto en el Artículo 63.1,g) L.M .V. vigente al momento de la compra, respecto a los servicios que pueden prestar las empresas que prestan servicios de inversión, que establece: *"El asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial"*.

Ya para terminar, La GUIA DE ACTUACIÓN PARA EL ANÁLISIS DE LA CONVENIENCIA Y LA IDONEIDAD editada por la C.N.M.V. en fecha 17-6-2010. Dice: *"Según el considerando 30 de la Directiva 2004/39 debe considerarse que todo servicio se presta a iniciativa del cliente, salvo que el cliente lo solicite en respuesta a una comunicación personalizada, dirigida a ese cliente en concreto, que contenga una invitación o pretenda influir en el cliente con respecto a un instrumento financiero específico o una operación específica. En ese mismo considerando se indica que un servicio puede considerarse prestado a iniciativa del cliente a pesar de que el cliente lo solicite basándose en cualquier tipo de comunicación que contenga una promoción y oferta de instrumentos financieros, siempre que por su propia naturaleza sea general y esté dirigida al público o a un grupo o categoría de clientes o posibles clientes más amplio."*

Por su parte la Comisión Europea en el documento "Your question on MiFID", concretamente en la pregunta Nº 72 trata específicamente esta cuestión y establece que cuando hay un claro contacto personal entre el cliente y la entidad en relación con el producto, resulta difícil argumentar que el servicio se presta a iniciativa del cliente especialmente si es la entidad la que se ha dirigido previamente al mismo. Y continúa: *"Se puede considerar que existe una comunicación personalizada y que el servicio se presta a iniciativa de la entidad cuando se establece contacto directo y personal con el cliente, por cualquier medio, y dicha comunicación contiene una invitación o pretende influir en el cliente con respecto a un instrumento financiero específico o a una operación específica . A partir de la experiencia supervisora de la CNMV, se ha observado que en canales de distribución como la red de sucursales o, en algunos casos, en el canal telefónico (en concreto cuando el cliente es atendido por un operador que le ha llamado), resulta más habitual que la iniciativa parta de la entidad. En otros canales como internet, en el que en muchas ocasiones no se produce ningún contacto personal con el cliente, resulta mucho más frecuente que la iniciativa sea del cliente "*.

A la vista de los autos, no nos cabe duda de que hubo asesoramiento financiero.

#### **CUARTO.- El deber de información**

##### **El deber de información y el error .**

Partiremos de la STS de 20-11-2018 que declara: *hemos dicho en múltiples resoluciones, que por reiteradas y conocidas es ocioso citar, que en el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo. La normativa del mercado de valores, incluida la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. 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 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.*

**3.** En el presente caso, se observa un déficit de información imputable a la entidad bancaria, pues no consta que se informara a los clientes sobre la naturaleza, características y riesgos del producto objeto de adquisición; ni puede considerarse que la orden de compra, y la información allí contenida, fuera suficiente a los efectos de dar cumplimiento a las obligaciones legales de información previstas en los arts. 79 y 79 bis LMV. Por otra parte, el test de conveniencia, realizado a uno solo de los clientes, refleja que el cliente "carecía de estudios", que "nunca había trabajado en el sector financiero" y que su inversión en los dos últimos años había sido en



"productos sin riesgos", por lo que no tenía conocimientos específicos sobre el producto financiero complejo que iba a suscribir.

Con arreglo a estas ideas hemos examinado los autos y resulta que la información fue inexistente. Y la prueba la facilitan los propios documentos emitidos por el demandado.

El doc. N°2 de la demanda es el test MIFID de idoneidad, que nunca se cumplimentó, y en el figura una nota firmada por el empleado del banco demandado que dice que el cliente se niega a firmar el test de idoneidad. Con esa negativa habría bastado para abortar la operación. Antes y después de la reforma de 2007 y de 2015 de la L.M.V., el demandado debía cuidar de los intereses del cliente como si fuesen propios, comportándose como un leal y honorable banquero, caracterizado por el santo temor al déficit y el respeto absoluto por el dinero ajeno; no lo hizo en este caso.

Además la resolución de la queja planteada por los actores ante la C.N.M.V., doc. N° 4 de la demanda, f.23, es demoleadora para el demandado.

La emisión no tenía entidad de liquidez, era un producto complejo, no se practicó test de conveniencia, la documentación entregada no era suficiente porque no informaba adecuadamente sobre los riesgos del producto, ni sobre alguna de las características esenciales como es la subordinación, que a la postre fue el desencadenante de la decisión del Frob de 16-4-2013.

La declaración de riesgos firmada por el actor, es posterior en cuatro días a la orden de compra, y no informa sobre los riesgos específicos del producto; solo informa de riesgos genéricos.

El folleto de emisión reducido no es un folleto, es la primera hoja del folleto programa de renta fija al amparo del que Bancaja realizó la emisión

Parece algo más que obvio que no hubo información alguna, lo que nos lleva a revocar la sentencia de instancia.

Por lo expuesto, en nombre de S.M. EL REY, y por la autoridad que el pueblo nos confiere

## FALLAMOS

**ESTIMAMOS** el recurso de apelación, formulado por la representación procesal de **D. Rosendo y D<sup>a</sup>. Zaida**, contra la sentencia dictada por el juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia N°15 de los de esta Villa, en sus autos N° 174/2016, de fecha uno de marzo de dos mil dieciocho

**REVOCAMOS** dicha resolución, y sustituimos su parte dispositiva por la siguiente:

**1º.- ESTIMAMOS** la demanda, formulada por la representación procesal de **D. Rosendo y D<sup>a</sup>. Zaida**, contra **CATALUNYA BANC S.A.**

**2º.- ANULAMOS** la orden de suscripción de obligaciones subordinadas ISIN NUM000 de cuatro de marzo de dos mil diez.

**3º.-** Las partes se **RESTITUIRAN** las prestaciones conforme al Art.1303 C.C .

**4º.- IMPONEMOS** al demandado las costas de 1<sup>a</sup> Instancia, y **NO HACEMOS** expresa condena en las causadas en esta alzada.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

**MODO DE IMPUGNACION:** Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la Cuenta de Consignaciones y Depósitos de **esta Sección 14 APM, abierta en la entidad Banco Santander S.A., Sucursal 6114 de la Calle Ferraz, número 43 de Madrid**, con el número **IBAN ES55- 0049-3569-9200-0500-1274**, que es la cuenta general o "buzón" del Banco de Santander, especificando la cuenta para esta apelación concreta: "2649-0000-00- 0506-18" excepto en los casos que vengan exceptuados por la ley, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.