



Roj: **SAP IB 1236/2020 - ECLI: ES:APIB:2020:1236**

Id Cendoj: **07040370032020100265**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **3**

Fecha: **16/06/2020**

Nº de Recurso: **791/2019**

Nº de Resolución: **265/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MIGUEL ALVARO ARTOLA FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00265/2020

Modelo: N10250

PLAÇA DES MERCAT Nº 12

Teléfono: 971-71-20-94 **Fax:** 971-22.72.20

Correo electrónico: audiencia.s3.palmademallorca@justicia.es

Equipo/usuario: AFL

N.I.G. 07040 42 1 2018 0018300

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000791 /2019

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 24 de PALMA DE MALLORCA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000626 /2018

Recurrente: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA

Procurador: JUAN REINOSO RAMIS

Abogado: RAFAEL CASO CRIADO

Recurrido: Maite , BPE FINANCIACIONES S.A.

Procurador: JOSE LUIS SASTRE SANTANDREU, COLOMA CASTAÑER ABELLANET

Abogado: MARÍA DOLORES ARLANDIS ALMENAR, DAVID VICH COMAS

Rollo núm. 791/19

Autos núm. 626/18

SENTENCIA núm. 265/2020

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE:

D. Miguel-Álvaro Artola Fernández.

MAGISTRADOS:

D. Jaime Gibert Ferragut.

Dª Ana Calado Orejas.



En Palma de Mallorca, a dieciséis de junio de dos mil veinte.

VISTOS, en fase de apelación, por los Ilmos. Sres. referidos los autos de juicio ordinario sobre nulidad contractual seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 24 de Palma, estando el número de autos y actual rollo de Sala consignados arriba, actuando como parte demandante **-apelada** D^a Maite , siendo su Procurador D. JOSÉ LUIS SASTRE SANTANDREU y su Abogada D^a MARÍA DOLORES ARLANDIS ALMENAR, y como parte demandada- **apelante** el "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.", actuando como su Procurador D. JUAN REINOSO RAMIS y como su Abogado D. RAFAEL CASO CRIADO, y como parte demandada, absuelta en primera instancia, "BPE FINANCIACIONES S.A.", representada por D^a COLOMA CASTAÑER ABELLANET y defendida por el Abogado D. DAVID VICH COMAS; ha sido dictada en esta segunda instancia la presente resolución judicial.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. Presidente Don Miguel-Álvaro Artola Fernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 24 de Palma en fecha 2 de septiembre de dos 2019 (aclarada por auto de fecha 16 de septiembre de dos mil diecinueve) en los presentes autos de juicio ordinario en ejercicio de acción de nulidad contractual, seguidos con el número 626/18, de los que trae causa el actual rollo de apelación, acordó en su Fallo, una vez incorporada la aclaración, lo que se transcribirá:

"Que HE D'ESTIMAR la demanda formulada pel Procurador dels Tribunals Sr. José Luis Sastre Santandreu, en representació de la Sra. Maite , contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A i, en conseqüència, HE DE DECLARAR la nul·litat per vici del consentiment del contracte de subscripció d'Obligacions Subordinades del Banco Popular celebrat entre les parts el dia 16 de novembre de 2010, amb restitució recíproca de prestacions, CONDEMNANT a l'entitat demandada BBVA a que aboni a la part actora la quantitat de 100.000 euros, més els interessos legals meritats per dita quantitat des de la data de la signatura del contracte fins a la present resolució, calculats en la forma indicada al FJ Onzè, més els interessos procesals de l' art. 576 LEC ; corresponent la part actora restituir la quantitat percebuda pels rendiments generats per les Obligacions Subordinades, que es determinaran en execució de sentència, incrementats per l'interés legal meritat per les citades quantitats des de la data del seu pagament fins a la present resolució, més els interessos procesals de l' art. 576 LEC ; quantitats que es podran compensar. La part actora haurà de restituir també al BBVA les accions de Banco Popular que va rebre a canvi de les Obligacions Subordinades conforme el valor que tenien quan aquestes es varen perdre, és a dir, 0 euros. Tot això amb expressa condemna en costes a la part demandada.

Que HE DE DESESTIMAR la demanda formulada pel Procurador dels Tribunals Sr. José Luis Sastre Santandreu, en representació de la Sra. Maite , contra BPE FINANCIACIONES S.A. Cada part pagarà les costes generades a instància seva i les comuns per meitats."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación cuyo conocimiento correspondió a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Baleares. *Dicho recurso fue instado por la representación procesal de la entidad "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A." ("BBVA"), y se fundó en las alegaciones que se analizarán en las fundamentación jurídica de esta resolución; y en él se terminó suplicando que, la Ilma. Audiencia Provincial, dicte resolución por la cual se revoque la sentencia de instancia, objeto del presente recurso, y "por su razón:*

a) Se declare la nulidad de actuaciones invocada en el presente escrito con las consecuencias inherentes a dicha declaración;

b) Subsidiariamente, para el improbable e hipotético supuesto de no sea estimada dicha nulidad de actuaciones, se revoque la Sentencia apelada por estimación de la excepción planteada de CADUCIDAD DE LA ACCIÓN, y por su razón acuerde el sobreseimiento del proceso sin necesidad del dictado de una Sentencia sobre el fondo del asunto, por causa de la estimación de la excepción de caducidad de la acción en base al Art. 1.301 del Código Civil ;

c) Subsidiariamente a la anterior, se revoque la Sentencia apelada por estimación de la excepción planteada de falta de legitimación pasiva de mi mandante;

d) Y subsidiariamente a todo ello, para el hipotético e improbable supuesto de que no se aprecie la nulidad de actuaciones invocada, ni se estime ninguna de las excepciones que impidan un pronunciamiento sobre el fondo, y por ello se provea que procede resolver sobre el fondo del asunto, dicte Sentencia por la cual, con expresa revocación de la Sentencia de Instancia apelada, se acuerde su sustitución por otra más acorde a Derecho



por razón la cual se provea la plena desestimación de la demanda instada frente a mi mandante, con expresa imposición de las costas de instancia a la parte actora .

Y en cualquier caso revocando la condena en costas a mi mandante que obra en el fallo de la Sentencia apelada."

TERCERO.- La representación procesal de la parte actora-apelada se opuso a los motivos del recurso haciendo propios los de la sentencia objeto de apelación y reiterando y desarrollando lo que ya expusiera en primera instancia, a todo lo cual procede remitirse en orden a la brevedad. Sin perjuicio de las referencias que, al respecto, puedan realizarse en la fundamentación jurídica de esta resolución. La entidad codemanda también se opuso a los motivos del recurso en los términos que obran en autos, a los que procede remitirse en orden a la brevedad. Siempre sin perjuicio de las referencias que, al respecto, puedan realizarse en la fundamentación jurídica de esta resolución.

ÚLTIMO .- Por la representación procesal de la parte apelante fue propuesta en esta alzada prueba consistente en documental, a la que opuso la adversa, siendo la misma denegada por auto obrante al rollo de apelación; siguiéndose después el recurso sobre la base de las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), quedando el rollo de apelación concluso para dictar sentencia en esta alzada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en lo que es objeto del recurso, en lo que no se opongan a los que se dirán.

PRIMERO.- En la demanda instauradora del presente litigio, la parte actora, D^a Maite , accionaba contra la entidad "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A." (finalmente la acción se dirigió también contra mercantil "BPE FINANCIACIONES, S.A.", a raíz de una excepción de falta de litisconsorcio invocada por la demandada) exponiendo, como principales puntos de la reivindicación actora, los que se resumirán:

En noviembre de 2010, CAIXA CATALUNYA, en concreto en la oficina 0766 de Palma de Mallorca (Mercat de L'Olivar) ofrecieron y vendieron a mi representada el producto que es objeto de este pleito, los denominados Bonos Subordinados Banco Popular sin ninguna información previa, ni tampoco al momento de la contratación como exige la Ley del Mercado de Valores y sus normas de desarrollo en relación a la naturaleza compleja del producto y riesgos del mismo.

Mi mandante únicamente dispone de copia que no consta suscrita en relación con la compra del producto objeto de esta litis "Contrato de Operación de Renta Fija" de los bonos subordinados Banco Popular por importe de 100.000 euros, de fecha 19 de noviembre de 2010. Tampoco se le entrego ni el Folleto ni el Tríptico de la emisión (Se acompaña de Documento nº 5, "Contrato de Operación de Renta Fija" de los bonos subordinados Banco Popular por importe de 100.000 euros, de fecha 19 de noviembre de 2010).

Tampoco se realizó el preceptivo TEST ni de conveniencia ni de idoneidad de obligado cumplimiento en la fecha de la venta.

La orden de compra, denominada equívocamente "Contrato de operación de Renta Fija" además de no figurar suscrita, no contiene ninguna información o advertencia de la naturaleza y riesgos del producto.

Ausencia de simulaciones sobre escenarios adversos. No existen simulaciones sobre diversos escenarios financieros adversos y la respuesta del valor del precio del producto ante los mismos. Esto hubiera sido fácil, simular un escenario adverso donde el cliente minorista pierde un 30% de su capital en una venta anticipada o el 100% ante un evento de crédito del emisor. Probablemente se omitieron ejemplos como este para evitar evidenciar la exposición del capital principal invertido.

A mayor abundamiento la orden de compra contiene las denominadas "cláusulas de exoneración" rechazadas por la jurisprudencia. Así la orden de compra incorporaba una cláusula pre-redactada por el banco donde se señalaba que la inversión "resulta adecuada de acuerdo al resultado del test de conveniencia". Sin embargo, no hay constancia de que la entidad practicara dicho test. También se dice que el firmante declara "conocer el significado y trascendencia de su orden" cuando realmente no hay documentación pre-contractual que avale dicha declaración. Es decir, si no hay una explicación previa del producto difícilmente el cliente podrá evaluar los riesgos y tomar una decisión de inversión informada.

Nula información post-contractual sobre la evolución del riesgo de Crédito de Banco Popular. CAIXA CATALUNYA no informó de forma expresa a su cliente de las rebajas de rating del emisor y de la emisión. Como señala el informe pericial tan solo 3 meses después de la compra, el rating emisor de Banco Popular era rebajado dejándolo además por "Negative Outlook" o perspectiva negativa que implica posible nuevas rebajas. Esta emisión llevo a



cotizar por debajo del 50%. Es decir, una pérdida latente de más del 50% del nominal invertido. Muestra clara del riesgo de mercado que tiene esta tipología de activos subordinados

La totalidad de la deuda subordinada y las emisiones de bonos no canjeados a fecha 6 de junio de 2017 fueron convertidas en acciones de nueva emisión del Banco Popular en el marco de la resolución ordenada por la Junta Única de Resolución (JUR). Circunstancia que es comunicada a mi representada por carta enviada desde la entidad financiera (depositaria de los títulos) de fecha 14 de junio de 2017. Se acompaña como Documento nº 7, carta de la depositaria en 2017, la entidad financiera CAIXABANK, de fecha 14 de junio de 2017 comunicando al cliente la conversión de los bonos en acciones del Banco Popular Español. Tras la compra por parte del Banco Santander por el precio simbólico de 1 euro de la totalidad del capital social del Banco Popular, las pérdidas se traducen en un 100% de la inversión. La pérdida sufrida por la actora viene señalada en el informe pericial: La pérdida bruta asciende 104.858,18,68 euros, calculada agregando al importe efectivo invertido, el importe de los intereses del cupón devengado y no cobrado a fecha 7.6.2017 (de 4.858,18.-euros). La pérdida neta consecuencia de la inversión asciende a 64.147,42 euros, al detrarse de la pérdida bruta los cupones cobrados, netos del cupón corrido pagado al comprar las obligaciones. En esta ocasión se cobraron 6 cupones anuales por un total de 41.238 euros.

Mi mandante, Dña. Maite, con domicilio en Palma de Mallorca, es Notario de profesión, ejerciendo como tal en dicha ciudad. La actora no posee específicos conocimientos financieros en productos complejos y a los efectos que nos ocupan en esta demanda, ostenta la condición de consumidor y cliente minorista, así catalogada por la propia demandada, lo que implica la aplicación del marco especial de tutela que resulta de la normativa tuitiva que le es aplicable. La condición de minorista implica que se le debe aplicar el nivel máximo de protección en la comercialización de productos financieros y durante el seguimiento de las inversiones. También la recomendación únicamente de productos adecuados a sus conocimientos y experiencia inversora, con la obligación de suministro de información adecuada, suficiente, a tiempo y de forma proactiva. Nada de esto se cumplió en este caso. Se acompaña como Documento nº 2, Comunicación de CAIXA CATALUNYA de fecha 16 de noviembre de 2010 en el que clasifica a mi representada como cliente minorista. De otro lado, como acreditan los informes de situación fiscal de los años 2012, 2013, 2014 que se acompañan de Documento nº 3 donde se acredita que la actora tiene un perfil eminentemente conservador ya que únicamente constan en los mismos, además del producto objeto de esta litis, inversiones en acciones en baja cuantía y Bonos de la Generalitat Valenciana.

A los efectos que nos ocupan cabe decir que el hecho de que mi mandante ostente como Notario una alta cualificación técnico-jurídica, no significa que disponga de la condición de experto financiero, circunstancia ésta que es ciertamente relevante a los efectos de esta Litis, toda vez que el ámbito de conocimiento que el fedatario público abarca por razón de su oficio en estos casos, se circunscribe y se agota en el análisis sistemático de las condiciones contractuales del documento sometido a su escrutinio, interpretando unas cláusulas por otras. Sin embargo, esta labor interpretativa no se extiende a la confrontación de los parámetros empleados por la entidad suministradora de servicios de inversión con los genéricos reflejados en el concreto contrato que se suscribe en este tipo de productos financieros tan complejos.

Por último, en referencia al perfil, hay que señalar que conforme se expondrá la venta del producto a mi representada se produjo en 2010 no constando realización alguna de TEST de idoneidad ni de conveniencia.

En consecuencia, la parte actora terminó suplicando al Juzgado que, respecto de la entidad financiera "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A." (BBVA; sucesora de Caixa Catalunya), se dicte sentencia por la que, estimando íntegramente la demanda, contenga los siguientes pronunciamientos:

A. Con carácter principal, se declare la nulidad, o en su caso anulabilidad de la compra de los denominados "BONOS SUBORDINADOS BANCO POPULAR" objeto de este procedimiento por concurrir error en el consentimiento de mi representada. Todo ello con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración y condenando a la entidad demandada al pago de intereses legales desde la fecha de la inversión, así como los correspondientes desde la fecha de interposición de esta demanda.

B. Subsidiariamente, en supuesto de no estimarse el anterior postulado: Declare que Caixa Catalunya, ahora BBVA, ha incumplido dolosamente, o cuanto menos, culposamente, las obligaciones de información, diligencia y transparencia en su relación con mis mandantes; y, en consecuencia; Condene a la entidad demandada, al resarcimiento a mi mandante, en concepto de daños y perjuicios, del importe de la inversión realizada menos rendimientos obtenidos, por importe de 62.147'42 euros con sus intereses legales correspondientes.

Todo ello, y en cualquier caso, con imposición de las costas procesales causadas en el presente procedimiento a la entidad demandada.



La entidad demandada, "BBVA", alegó la caducidad y la falta de legitimación pasiva y falta de litisconsorcio pasivo necesario; negó la falta de información y destacó la condición de Notaria de la actora; por todo lo cual, solicitó la desestimación en base a motivos a los que procede remitirse, al ser concordantes con los ahora invocados en la alzada -tras haber sido estimada la demanda contra el BBVA-, motivos estos a los que se hará referencia expresa en el Fundamento jurídico tercero.

No obstante, con relación a la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por entender que "BPE Financiaciones, S.A." era quien ostentaba la legitimación pasiva en el caso concreto, por ser ésta la entidad que emitió el producto adquirido por la Sra. Maite y la que recibió el dinero invertido por ella, actuando la demandada principal como una simple mediadora; dicha excepción fue contemplada en primera instancia y se requirió a la parte actora para que dirigiese la demanda contra "BPE Financiaciones, S.A.", dándose traslado a la nueva demandada para que contestase en el término concedido. Lo que llevó a cabo oponiéndose a la demanda y solicitando su desestimación por entender que no tenía legitimación pasiva en el procedimiento al no haber intervenido en la venta, e invocando, sobre el fondo, que la actora presentaba un perfil inversor que la hacía apta para la adquisición de las obligaciones subordinadas.

SEGUNDO .- La sentencia de instancia estimó la demanda contra la entidad "BBVA", no obstante, la desestimó sin costas frente a la segunda entidad llamada al litigio, acogiendo los motivos de oposición de ésta y explicando que "..., resulta que l'únic motiu pel qual la Sra. Maite va dirigir la seva demanda contra BPE va ser a causa de la petició de BBVA de que dita entitat entràs dins el procediment. En el present cas, la intervenció de BPE al procediment, a criteri d'aquesta jutjadora, presentava dubtes de dret. De fet, a l'acte de l'Audiència Prèvia al judici, es va admetre l'excepció de falta de litisconsorci passiu i es va acordar que la Sra. Maite dirigís la seva demanda contra BPE. D'aquesta manera, la Sra. Maite, tot i oposar-se a l'Audiència Prèvia, va haver de dirigir la seva demanda contra BPE per poder continuar amb aquest procediment a causa d'una decisió judicial fonamentada en dret. Per aquest motiu, una vegada s'ha produït un canvi de criteri basat en un nou estudi del cas concret, s'ha de considerar que l'actora no pot ser condemnada a pagar les costes de BPE."

Por lo demás, y en cuanto al fondo del asunto, la Magistrada-Juez "a quo" fundó la desestimación de la excepción de caducidad de la acción, así como la estimación de la demanda frente al "BBVA", en los razonamientos que, en esencia, seguidamente se transcribirán por la Sala:

Con relación a la excepción de caducidad de la acción:

"Per tant, pertoca en primer lloc analitzar si l'acció plantejada per la part actora ha caducat. En aquest sentit, al·legà la part demandada que el termini de caducitat per a reclamar la nul·litat del contracte va començar a transcórrer en el moment en que la Sra. Maite va adquirir les Obligacions Subordinades o, en el seu cas, el dia 30 de novembre de 2012, moment en el que la Sra. Maite va refusar una oferta de recompra del producte, que en aquells moments ja havia perdut una part notable del seu valor. Com que la demanda que ha donat lloc al present plet es va presentar el dia 12 de juliol de 2018, la part demandada entenia que l'acció havia caducat. Respecte de la caducitat de les accions de nul·litat contractual relativa, l' art. 1301 CC disposa que "La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: [...] En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato". .../...

És molt rellevant també citar la jurisprudència sobre caducitat dictada a procediments anàlegs al present, és a dir, relatius a les Obligacions Subordinades del Banco Popular. Així, a la STS de 2 de març de 2018 es disposa que

"La primera alegación, con relación a la caducidad de la acción, no puede ser estimada. Entre otras, en las SSTs 489/2015, de 16 de septiembre y 769/2014, de 12 de enero de 2015, se declara que el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error vicio, no puede quedar fijado antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error; en nuestro caso, en el momento en que se produce el canje preceptivo de las obligaciones subordinadas, esto es, julio de 2013".

En el present cas, la conversió de les Obligacions en accions del Banco Popular va tenir lloc arrel de la resolució del FROB feta el 7 de juny de 2017. Per tant, aquesta data és la que va iniciar el còmput del termini de caducitat de l'acció plantejada en aquest plet, ja que va ser a partir d'aquesta conversió quan la Sra. Maite necessàriament havia de ser ja conscient de que les Obligacions Subordinades no eren depòsits bancaris sense risc. No es pot entendre que la demandant hagi realitzat actes que puguin qualificar-se de confirmatoris als efectes previstos als articles 1.311 i 1.313 CC. Això és així perquè pel simple fet de rebre la informació fiscal o amb la recepció de qualsevol extracte bancari en aquest sentit, no es pot pressuposar un consentiment respecte de la situació que aquells documents podrien reflectir. Així, una simple actitud passiva per part de la Sra. Maite des de la recepció dels documents fins el moment de l'exercici de la acció d'anul·labilitat mitjançant la presentació de la demanda de cap manera pot implicar l'existència d'una confirmació tàcita del referit contracte i, en conseqüència, l'extinció de l'acció exercitada. Tot això sense mencionar que hauria estat necessari provar el coneixement per part de



l'actora en dit moment de la causa de nul·litat, cosa que hauria tret a la Sra. Maite del seu error en vers el negoci jurídic, doncs aquest fet no es pot presumir.

Per altra banda, l'oferta de recompra de les Subordinades feta pel Banco Popular al desembre de 2012 tampoc es pot considerar com un fet que aportés a l'actora informació suficient com per a poder ser conscient de la verdadera naturalesa del producte adquirit i, més concretament, del risc de pèrdua del capital inherent a les Subordinades. Així, en el document de l'oferta de recompra, aorat com a DOC 7 de la contestació, en cap moment es fa referència expressa ni tàcita clara a que la inversió de la Sra. Maite hagués patit algun tipus de devaluació.

Així, s'aprecia que el 12 de juliol de 2018, moment de la interposició de la demanda, l'acció objecte de la mateixa no havia caducat. Per tant, aquesta pretensió de la part demandada no pot ser estimada.

Respecto de la excepción de falta de legitimación pasiva de BBVA:

"Respecte de la legitimació de BBVA, entitat comercialitzadora de les Obligacions Subordinades, l' AP de Barcelona ha estipulat a la seva sentència de 29 de maig de 2018 que "En su escrito de contestación a la demanda se opuso por la referida demandada su falta de legitimación pasiva por no haber emitido los valores y haberse limitado a su comercialización, excepción que fue correctamente desestimada en la instancia y así ha de reiterarse toda vez que el negocio jurídico discutido no afecta a la naturaleza de la emisión ni a sus características sino a la concreta actuación de la demandada que atendida su condición de entidad financiera encargada de su comercialización tenía la obligación impuesta por ministerio de la ley de informar a los clientes del contenido y naturaleza de tales de tales obligaciones.

Así lo recogió el Tribunal Supremo en sentencia de 1 de diciembre de 2016 recaída en un asunto que tenía por objeto la nulidad de la comercialización por el BBVA de aportaciones financieras subordinadas de Eroski, en la que estableció lo siguiente:

«[...]Como hemos afirmado recientemente, en la sentencia 625/2016, de 24 de octubre , en un supuesto similar (comercialización de participaciones preferentes por una entidad bancaria distinta de las emisoras de estos productos), sin perjuicio de quién fuera la entidad emisora de las «aportaciones financieras subordinadas», a los efectos del presente proceso (la acción ejercitada de nulidad por error vicio), se sobreentiende que su comercialización se realizó entre BBVA y el demandante, razón por la cual la nulidad afecta exclusivamente a esta comercialización y los efectos consiguientes alcanzan a una y otro, partes en la comercialización[...].»

En el present cas, Caixa Catalunya (actualment BBVA) va ser l'entitat que va oferir el producte a la Sra. Maite i qui va proporcionar a aquesta tota la informació sobre el mateix. Per tant, aplicant al cas concret la jurisprudència acabada de citar, s'ha de declarar que BBVA ostenta legitimació passiva en el present plet.

Con relación a la excepción de falta de legitimación pasiva de "BPE" (estimada en primera instancia no apelada en esta alzada; apoyada en la SAP de La Coruña de 12 de marzo de 2015 :

".../...Y ello, por cuanto la misma no intervino en la negociación para la orden de compra de valores, que es la razón alegada del error invalidante de la contratación para la adquisición del producto, del que no se cuestiona su bondad, por lo que al emisor no le afecta de modo directo el pleito, aunque la restitución de prestaciones pueda provocar reclamaciones ulteriores entre aquéllas. Por otra parte, también se aduce que en ocasiones es difícil distinguir por el adquirente entre la entidad emisora y la comercializadora".

Seguint la jurisprudència citada, majoritària dins l'àmbit de les AP, no queda més que declarar que BPE no ostenta legitimació passiva en el present plet. En conseqüència, cap pronunciament de condemna contra ella es pot realitzar en la present resolució.

Con relación a las características del producto financiero, con cita de la SAP de Barcelona de 12 de mayo de 2017 :

".../... Sus características son las siguientes: a) A efectos de prelación de créditos, las obligaciones subordinadas se sitúan detrás de los acreedores comunes, siempre que el plazo original de dichas financiaciones no sea inferior a 5 años y el plazo remanente hasta su vencimiento no sea inferior a 1 año; b) No podrán contener cláusulas de rescate, reembolso o amortización anticipada ejecutables a voluntad del deudor; c) Se permite su convertibilidad en acciones o participaciones de la entidad emisora, cuando ello sea posible, y pueden ser adquiridas por la misma al objeto de la citada conversión; d) El pago de los intereses se suspenderá en el supuesto de que la entidad de crédito haya presentado pérdidas en el semestre natural anterior. Por tanto, las obligaciones subordinadas tienen rasgos similares a los valores representativos del capital en su rango jurídico, ya que se postergan detrás del resto de acreedores, sirviendo de última garantía, justo delante de los socios de la sociedad, asemejándose a las acciones en dicha característica de garantía de los acreedores. Tras la promulgación de la Ley 47/2007, este producto financiero se rige por lo previsto en los arts.78 bis y 79 bis LMV; mientras que con anterioridad a dicha normativa MiFID, se regían por lo previsto en el art. 79 LMV y en el RD 629/1993, de 3 de mayo , sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios".



Per tant, les Obligacions Subordinades són productes complexos amb un risc inherent de pèrdua de capital que res tenen a veure amb els depòsits bancaris.

En el cas concret, l'actora va adquirir títols d'Obligacions Subordinades per un import de 100.000 euros. Aquest producte venia als 9 anys i, fins a dit venciment, generava uns interessos del 6'873%.

Respecto de la acción de nulidad:

"Segons la informació aportada resulta que la Sra. Maite, abans de la compra de les Obligacions Subordinades, era titular d'uns Bons de la Generalitat Valenciana. La tinença d'aquests Bons d'una Administració Pública no són fets reveladors de que aquesta tingué un perfil inversor experimentat. En aquest sentit, el mercat del deute públic té unes característiques que no poden ser comparades amb les del deute privat, especialment en quant a la seva garantia de reemborsament.

En conseqüència, amb la prova practicada, no es pot considerar acreditat que la Sra. Maite tingué uns coneixements i experiència prèvia que la convertissin en una client que no fos minorista de perfil conservador.

Analitzats els coneixements de l'actora, pertoca ara valorar com va ser la informació que aquesta va rebre per part de l'entitat demandada abans de subscriure la compra de les Obligacions Subordinades. Aquesta informació va ser proporcionada a dos nivells, verbal i escrit.

Segons va declarar la Sra. Maite, durant la gestió de l'operació de subscripció de les Obligacions Subordinades des de Caixa Catalunya en cap moment se li va indicar que el producte que adquiria tingué algun tipus de risc. Per aquest motiu, la Sra. Maite va decidir invertir els seus diners en les Subordinades sense ser conscient de que amb l'operació realment assumia un risc de perdre'ls.

Per la seva banda, la Sra. Luz, empleada del banc demandat, declarà a l'acte del judici que no recordava com havia estat la contractació de les Subordinades amb l'actora, però que en aquells tipus d'adquisicions explicava la naturalesa i condicions de les Subordinades i deia als clients que el producte tindria risc si el banc entrava en fallida, però que aquesta opció no es era normal que es materialitzés perquè el Banco Popular es trobava en una situació de solvència.

De la prova practicada a l'acte del judici s'aprecia clarament que la informació verbal que va rebre l'actora abans de contractar les Subordinades no va ser l'adequada, ja que, tot i que Caixa Catalunya feia menció a un possible risc de pèrdua de capital, aquesta informació, segons la declaració de la Sra. Luz, es presentava com un succés que remot i poc important. D'aquesta manera, la imatge que el banc donava sobre el producte era la d'una inversió segura i sense riscos. A més, tampoc s'ha acreditat que Caixa Catalunya informés verbalment de manera clara i transparent sobre la verdadera naturalesa de les Obligacions Subordinades, fet que quadra amb l'al·legació de la Sra. Maite de que amb la compra creia que estava adquirint un producte sense risc.

Respecte de la informació escrita, la part actora al·legà a la seva demanda que la Sra. Maite no va rebre cap tipus de document informatiu abans de la subscripció del contracte. BBVA no ha contradit aquesta afirmació amb prova practicada en contrari, tot i la facilitat probatòria que tenia per fer-ho. Per tant, resulta que la demandada no va proporcionar a la Sra. Maite cap tipus d'informació escrita sobre les Subordinades abans d'adquirir-les, més enllà del contracte de subscripció. En aquest document no s'inclou cap tipus d'informació sobre les característiques de les Subordinades.

Per altra banda, no consta tampoc que la Sra. Maite fos sotmesa a cap test de conveniència o idoneïtat. Així, es va aportar amb la demanda un full en el que simplement es manifestava que es qualificava a l'actora com a client minorista.

D'aquesta manera, resulta evident que el banc demandat va incomplir les seves obligacions d'informació amb la Sra. Maite en la subscripció del contracte controvertit.

Per tant, s'aprecia que ni la informació escrita ni la informació verbal que va rebre l'actora era l'exigible d'acord amb la normativa, clara, transparent i adequada als seus coneixements. Aquesta informació tampoc era adequada al producte que s'oferia, que com ja s'ha exposat tenia caràcter complex, fet que obligava a la demandada a tenir especial cura a l'hora d'oferir-lo, especialment a un client minorista sense experiència ni coneixements. Posat aquest fet en relació a la normativa abans citada, s'aprecia clarament que el banc demandat no va respectar els seus deures d'informació respecte de la Sra. Maite, fent que aquesta contractés les Obligacions Subordinades sense ser conscient de la verdadera naturalesa de l'operació que acabava de dur a terme i dels riscos que la mateixa comportava per al seu capital. De fet, analitzant la informació que va rebre l'actora i el seu perfil de client, és ben normal que la Sra. Maite adquirís les Obligacions Subordinades amb la plena confiança de que estava duent a terme una operació d'alta rendibilitat i sense riscos reals associats.



Al mateix temps, s'ha de recordar que l'error ha de produir-se en el moment de la celebració del contracte, de manera que són irrellevants els actes posteriors a la perfecció del mateix, que podran donar lloc a la responsabilitat contractual però no a l'anul·lació del contracte. Així, la STS de 21 de novembre de 2012 assenyala que "las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras pero, en todo caso, han de ser tomadas en consideración en el momento de la perfección o génesis del contrato (...) ya que, de lo contrario, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquéllas explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano".

Per tant, no té cap transcendència que el banc seguís informant a la Sra. Maite sobre la situació de la seva inversió després de la subscripció de les Obligacions Subordinades, que aquesta no manifestés la seva preocupació abans del que ho va fer ni que la mateixa rebés periòdicament comunicacions del banc amb informació sobre l'estat de les seves Obligacions Subordinades, que no acceptés l'oferta de recompra del Banco Popular, que canviés el seu compte de valors de banc mentre tenia el producte o que els rendiments anuals que aquestes li generaren no fossin homogenis any rere any.

Aquest deure informatiu s'ha reforçat, desenvolupat i especificat encara més, manifestant així la seva transcendència pràctica especialment als clients minoristes, amb el Reial Decret 217/2008 de 15 de febrer, que exigeix com a norma general la suficiència de la informació (art. 60), l'antelació suficient en la seva pràctica (art. 62) excepte excepcions que no són aplicables al cas; i expressament tractant-se de productes financers, "una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros" (art. 64). A la descripció s'haurà d'incloure una explicació de les característiques del tipus d'instrument financer en qüestió i dels riscos inherents a dit instrument, d'una manera suficientment detallada per a permetre que el client pugui prendre decisions d'inversió fonamentades. A més, si la informació conté dades sobre resultats futurs, l'art. 60.5 imposa que "se basará en supuestos razonables respaldados por datos objetivos".

Per altra banda, l'al·legació realitzada per la demandada referent a que la Sra. Maite no havia patit cap perjudici amb l'adquisició de les Subordinades, amb independència de que aquest fet sigui cert, de cap manera impedeix l'apreciació d'un vici en el consentiment. Així, la normativa del CC no vincula la nul·litat contractual per vicis en el consentiment a l'existència de danys quantificables. D'aquesta manera, una vegada s'acredita l'existència d'un error en el consentiment atorgat a un contracte que causi un vici en el mateix, s'ha de procedir a declarar la nul·litat del mateix de forma automàtica.

Per tant, ha quedat acreditat que la informació que va rebre l'actora no era l'exigida per la normativa aplicable i tampoc es corresponia amb les característiques reals del producte que va contractar, especialment respecte dels riscos del producte. La signatura del contracte i la inserció a dit document de clàusules en les que es feia constar que el client coneixia la naturalesa i riscos del producte ha estat analitzada per la SAPIB de 31 de gener de 2014, en la que es conclou que la signatura de l'escrit no equival a una prova suficient de l'existència d'informació suficient i adequada.

Per tant, per tot l'exposat al fonament de dret vuitè de la present resolució, ha quedat totalment acreditada la concurrència d'un error en el consentiment de la part actora, error que ha de ser qualificat com a excusable donada la relació de confiança que prima en les relacions entre els clients dels bancs i els empleats de l'entitat, i la manifesta omisió de tota referència als riscos i a les vertaderes condicions del producte abans de la perfecció del contracte.

En consecuencia, la sentencia de instancia estimó la demanda dirigida contra el "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.", y declaró la nulidad por vicio del consentimiento del contrato de subscripción de Obligaciones Subordinadas del Banco Popular celebrado entre las partes el día 16 de noviembre de 2010, con restitución recíproca de las prestaciones, condenando a la entidad demandada, BBVA, en los términos transcritos en el Antecedente primero de esta sentencia, y contemplando la posibilidad de compensación; con expresa condena en costas a la parte demandada condenada. Y, asimismo, absolvió, sin pronunciamiento en costas, a "BPE FINANCIACIONES, S.A."

Frente a dicha resolución fue interpuesto recurso de apelación solicitando lo ya referido en el Antecedente de hecho segundo de la presente resolución, y ello en base a los motivos que se analizarán.

TERCERO.- Entrando ya a resolver los motivos del recurso de apelación, la representación procesal de la parte apelante aboga, en primer término, por una petición de nulidad de actuaciones por defectos en la grabación del juicio que, según afirma, le causa indefensión. Refiriendo que: "..., como puede observarse de la grabación del juicio, si las declaraciones de ambos peritos son audibles, una porción de la declaración de parte, de D^a Maite, y sobre todo la mayoría de las declaraciones de la testigo propuesta por esta parte demandada, D^a Luz, son prácticamente inaudibles."



La parte actora apelada sostiene al respecto que la propia apelante, que dice que no oír las declaraciones de la actora y de la empleada del banco: "..., las refiere prolijamente a continuación en el contenido del recurso hasta un total de 83 transcripciones interesadas del acto del juicio que evidencian la falacia y ausencia de indefensión material de la recurrente.". Mientras que la demandada absuelta sostiene la suficiencia de los medios auditivos y las exigencias jurisprudenciales para decretar la nulidad.

Apreciando la Sala, tras la audición de la grabación, que si bien la calidad de la misma no es la ideal, ello no impide su seguimiento, lo que, a su vez, se observa por la propia capacidad de la apelante para -como afirma la apelada- transcribir las mismas. Por otro lado, las incidencias en las grabaciones de juicios, en relación con la declaración de nulidad, merecen una interpretación restrictiva en atención a la necesidad de que causen indefensión efectiva a una parte, puesto que, en otro caso, ni se cumple la previsión del art. 225.3 de la LEC, ni se justifica la no aplicación del principio de "conservación de los actos procesales". Siendo que, en cuanto a la efectiva indefensión, los alegatos de la apelante son genéricos, sin concretar un momento u ocasión en que, ciertamente, la respuesta o respuestas sean inaudibles y, a la vez, su relevancia inexcusable en orden a determinar esa nulidad solicitada. En definitiva, la repetición del juicio no se justificaría salvo que concurriese realmente causa insalvable, porque la reproducción de un juicio puede generar mayor distorsión que el ahora denunciada por la apelante, al comprometer la inmediación, tal y como es originalmente entendida. Cabe citar, en similar sentido, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 241, de 8 de mayo de 2014, Ponente: Excmo. Sr. Saraza Jimena).

Por todo ello, debe desestimarse la petición nulidad de actuaciones planteada por la parte demandada-apelante.

CUARTO.- Sobre la condición profesional de Notaria de la demandante, en relación con la inexistencia de vicio en el consentimiento, sostiene la apelante una serie de cuestiones que pueden ser objeto de análisis conjunto y que se pasan a resumir:

Considera la apelante "evidente que la actora reconoce que interviene pólizas y que lleva a cabo las funciones asumidas por los Notarios cuando integraron el cuerpo de Corredores de Comercio, llevando a cabo los actos que antaño ejercitaban dichos Corredores de Comercio, para lo cual se precisan conocimientos absolutamente especializados en Derecho bancario, mercantil, bursátil y financiero, así como del mercado de valores."

"Las Obligaciones Subordinadas que adquirió la actora en noviembre de 2010 como, fecha en la que dicho producto no era calificado como "producto complejo" a los efectos de la Ley del Mercado de Valores, y como consecuencia de ello, no se precisan los Test MiFID para su contratación.". Pese a reconocer que hoy sí obra calificado como producto complejo a consecuencia de la modificación legislativa que tuvo lugar años después de la compra. Citando, al respecto, el Informe Pericial elaborado por el Sr. Secundino (por "Solventis"), que obra incorporado a las actuaciones, extremo éste corroborado en el acto del juicio. Concluyendo que: "Ergo, si en 2015 es cuando por primera vez se califica a dicho producto como complejo, modificando su calificación, es porque previamente a dicha fecha era calificado y considerado normativamente como producto no complejo a los efectos de la normativa MiFID."

Añade también que: "..., es doctrina jurisprudencial pacífica que no cabe equiparar la falta de información con la existencia de un error en el consentimiento, motivo por el que no cabe declarar la nulidad de un contrato por tal motivo sobre la base del incumplimiento de la normativa de información aplicable. Así lo dejó sentado la

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012."

Seguidamente, la apelante considera que, en el caso de autos, la inversora fue informada de la existencia del llamado riesgo-emisor o riesgo de crédito, además de ser conocedora del mismo, remitiéndose aquí a la prueba de interrogatorio de parte y la testifical, considerando, con relación a la declaración de la Sra. Luz, la testigo, que: "Resulta evidente que dicha información se dio y facilitó a la Sra. Maite en concreto y específicamente, y que la testigo se refirió en concreto a la información que facilitó concretamente a la Sra. Maite, y no en genérico como parece querer apreciarse por la Sentencia de Instancia, valorando erróneamente esa prueba que se nos antoja trascendente."

Finalmente, la apelante concluye que, de existir error, éste no puede calificarse de excusable, máxime "...siendo notario la actora resulta evidente que no sólo conocía o debía conocer por su profesión y formación qué son unas obligaciones subordinadas, sino que hubiera bastado el empleo de la mínima diligencia que le era exigible para conocer las características de los que contrataba. De acuerdo con la Jurisprudencia citada, para que el error pueda viciar el consentimiento de los contratantes, es necesario que cumpla con dos condiciones acumulativas: en primer lugar, debe tratarse de un error esencial y, en segundo lugar, también debe el error cumplir con el requisito de la excusabilidad."

Además, la orden de compra -firmada de puño y letra de la actora- acompañada como anexo número uno a la contestación a la demanda, considera la apelante que contiene advertencias bastantes sobre el riesgo que



la suscriptora asumió. Así, por ejemplo, en el Informe Pericial de "Solventis" se indica con meridiana claridad, en su Página 32: "la orden de compra contiene un clausulado en la parte inferior del documento, por el que el comprador está asumiendo ser conocedor de los posibles riesgos de la inversión. Y, en cualquier caso, teniendo en consideración el perfil profesional de la DEMANDANTE, lo cual es trascendente, se presume que ésta podría haber preguntado y paralizado la compra en caso de dudas al respecto, hasta entender bien tanto la naturaleza como los riesgos que se derivaban del activo que tenía interés por comprar."

Inexistencia de asesoramiento en materia de inversión. Otra apreciación en la que -siempre en la consideración de la apelante- yerra la sentencia es cuando dice, en su "FONAMENT DE DRET SETÉ", que el banco prestó un servicio de asesoramiento a la cliente por el mero hecho de ofrecer a la misma o mostrarle la existencia del producto por si le interesaba suscribirlo. "Yerra la Sentencia porque superado está ya el debate y el mero hecho de mostrar u ofrecer un producto o un catálogo de productos a un cliente, para que parte valore su adquisición, no supone asesoramiento en materia de inversión, porque en tal supuesto nos encontraríamos con el absurdo con que toda muestra de productos implicaría ese servicio, y el mismo se restringe a supuestos mucho más concretos, que no es el que nos ocupa."

Añade que la solvencia de Banco Popular en el año 2010 era incuestionable. La sentencia carece de perspectiva histórica al no valorar las circunstancias concurrentes en la fecha de la contratación. Basta examinar los datos objetivos expuestos en el Informe de "Solventis". Considera finalmente la apelante que: "Las consecuencias de una circunstancia impredecible y que debe considerarse tanto a efectos de mi mandante como de la actora como de fuerza mayor, cuales fueron las circunstancias acaecidas con banco popular en el año 2007 que culminaron con la amortización de sus títulos."

Entrando a conocer de estos motivos, considera la Sala de especial interés remitirse a la sentencia del Tribunal Supremo (Roj: STS 4189/2016- ECLI:ES:TS:2016:4189), Sala de lo Civil, núm. 584/2016, de fecha 30/09/2016 (Ponente Excmo. Sr. Vela Torres), en un litigio relativo a obligaciones subordinadas adquiridas en fecha 5 de agosto de 2002, respecto de las cuales, al igual que en nuestro caso, se invocaba el error en el consentimiento; en el que la sentencia de primera instancia estimó la demanda y, con ella, la acción principal de nulidad del contrato por error en el consentimiento. La de segunda instancia estimó el recurso y desestimó la demanda basándose en que, la normativa del mercado de valores vigente en la fecha de compra, no imponía a las entidades bancarias especiales obligaciones de información, los demandantes tenían experiencia en productos bancarios de inversión y cobraron los rendimientos de la inversión. No obstante, en sede de recurso de casación, tras la caracterización legal y jurisprudencial de las obligaciones subordinadas, se analizaron los deberes de información y el error o vicio del consentimiento en los contratos de inversión, llegando a la conclusión de que se habían incumplido tales deberes en el caso litigioso, lo que comportó que el error de los demandantes fuera excusable y que la nulidad del consentimiento no quedara subsanada por el canje de las obligaciones en acciones.

En dicho sentido, el Fundamento de derecho cuarto de la citada sentencia del TS, en sede de "Los deberes de información y el error vicio del consentimiento en los contratos de inversión"; se expuso lo siguiente respecto de la normativa MiFID (el subrayado siempre es añadido):

"5.- La normativa del mercado de valores, incluso 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."

Por lo tanto, el TS pone el acento en el deber de información exigible, incluso antes de la transposición de la Directiva MiFID, dando una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume. Bien entendido que, como veremos, en el caso de autos no se ha justificado de modo bastante el cumplimiento de ese deber de información; ni se ha hecho documentalmente, dada la imprecisión del documento pasado a firma a la clienta, ni tampoco con carácter verbal, por no poderse ello derivar de modo concluyente de la testigo empleada del Banco, que asistió al despacho de la actora para la venta del producto. Por lo que, en el presente caso, no queda cubierta la responsabilidad probatoria de la parte demandada en dicho aspecto, relativo al cumplimiento de los estándares de información exigibles. Nótese, en cuanto a la carga de la prueba de dicho cumplimiento, que la obligación es exigible a la demandada. Dice, en dicho sentido, el Fundamento jurídico cuarto de la sentencia del TS de anterior referencia:



"4.- 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 cliente no 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, de acuerdo con lo declarado por esta sala en las citadas sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y núm. 769/2014, de 12 de enero , entre otras."

Nótese, en cuanto a la información contenida en la Orden de compra (transcrita en un folio de disposición horizontal) que firmó la actora y obra en autos como toda documental que se le proporcionó para su ilustración sobre el producto -no consta otra acreditada-, que comenzaba ya en su encabezamiento con la denominación equívoca de "Contrato de operación de Renta Fija" y, en la misma, tal y como expone la parte apelada en relación con el informe pericial que se acompaña la demanda, no constan:

- El rating del emisor y en especial el rating de la emisión.
- Mención específica a las características financieras esenciales y riesgos genéricos y específicos del instrumento y de la inversión (mercado, crédito y liquidez).
- Naturaleza jurídica del instrumento adquirido, en especial una explicación de su condición de instrumento subordinado y la gran capacidad de absorción de pérdidas del emisor.
- Inversión no cubierta por la garantía del Fondo de Garantía de Depósitos.
- El mercado secundario donde cotizarían estos títulos.
- Quien actúa como Depositario y Custodio de los títulos
- La cantidad emitida por el emisor.
- Liquidez del instrumento.
- El Agente de Calculo: quién es y cuáles son sus funciones
- Perfil de riesgo y complejidad de los valores.

Sin que, por otro lado, conste, siquiera de la testifical de la demandada, que se llevara a cabo algún tipo de ejemplificación en orden a que la clienta tomara conciencia del verdadero riesgo inherente a la operación. Téngase presente, por lo demás y siempre en el ámbito de la obligación del Banco de informar, que, además del referido equívoco encabezamiento que, centrado y en letra de mayúsculas de mayor tamaño y en negrita, asociaba el contrato con las expectativas de la "Renta Fija"; se trataba de un bonos subordinados, producto de riesgo y de contrastada complejidad. Y, si bien en el cuerpo del documento se hace una referencia a tales bonos en una casilla, lo cierto es que el equívoco inicial no se puede considerar salvado con un clausulado posterior en el que, en letra de tamaño minúsculo, se refiere:

"Operación de riesgo sujeta a las variaciones de tipos de interés, tipos de cambio u otros parámetros relevantes de los mercados financieros. Caixa destalvis de Catalunya no garantiza que vaya a producirse una negociación activa en el mercado, así como tampoco el desarrollo o liquidez de los mercados de negociación para esta operación.

El firmante "declara conocer el significado y trascendencia de su orden y acepta y da su conformidad a las condiciones determinadas en este documento."

Es decir, ni esa documental, ni la declaración de la testigo y de la actora, permiten alcanzar una conclusión distinta a la de la añoranza en autos de la puesta a disposición de la clienta de la información adecuada; ausencia que, si bien no determina por sí la existencia del error o vicio -como decía la sentencia transcrita-, sin embargo, sí permite presumirlo de acuerdo con lo declarado por el TS, por ejemplo, en las sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y núm. 769/2014, de 12 de enero , entre otras.

Llegados a este punto, y en sede de presunción del error, propiciado por la información insuficiente, entra a debate la condición de Notaria de la clienta, la cual, por su profesión, según afirma la recurrente: interviene pólizas y lleva a cabo las funciones asumidas por los Notarios cuando integraron el cuerpo de Corredores de Comercio, de donde cabe presumírseles unos conocimientos suficientes en orden a interpretar adecuadamente el alcance de un documento de esta naturaleza.

Argumento éste con el que, sin negarse la condición de no profesional de la inversión, ni de inversora habitual en productos similares -pues las inversiones hechas por la actora con anterioridad no permiten situarla en tal categoría de habitualidad-, ciertamente, aprecia la Sala se que la apelante genera la duda sobre el alcance



de la comprensión de la operación concreta de autos. Duda que, en la consideración del Tribunal, no estaría propiamente en la capacidad de comprenderla, cuanto en la información asociada que recibió la clienta al tiempo de contratar y en el hecho de determinar en qué medida pudo influir en ella la acreditada falta de precisión informativa, unida al equívoco encabezamiento contractual ya referido.

Se dice, en el Fundamento jurídico sexto de la sentencia del TS de anterior referencia, que, a la hora de analizar el error en el consentimiento, la normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes, no solo a los efectivos, también a los potenciales, y subraya la condición de producto complejo en el de autos, afirmando que antes y después de la incorporación a nuestro Derecho de la normativa MiFID, las empresas de inversión deben actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitándoles información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Concluyendo el TS, sobre el carácter complejo del producto y sobre la naturaleza del error, en lo siguiente:

"El incumplimiento por la entidad del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de los demandantes sea excusable. Quien ha sufrido el error merece la protección del ordenamiento jurídico, puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en las sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 460/2014, de 10 de septiembre, « la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente ».

Por otro lado, y si bien sostiene la apelante que yerra la sentencia cuando dice que el Banco prestó un servicio de asesoramiento a la clienta por el mero hecho de ofrecer a la misma o mostrarle la existencia del producto, por si le interesaba suscribirlo. Cabe recordar como, la citada sentencia del TS, afirma en su Fundamento jurídico quinto, que:

"1.- A tenor de lo expuesto, la sentencia recurrida parte de una premisa incorrecta respecto del nivel de información exigible a Bancaja sobre las características y riesgos de las obligaciones subordinadas que les estaba ofreciendo a sus clientes. Producto que, como hemos visto, es complejo y conlleva un significativo nivel de riesgo para el inversor.

Como hemos dicho en las sentencias núm. 460/2014, de 10 de septiembre, 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 102/21016, de 25 de febrero, en este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar, y de hacerlo con suficiente antelación. El art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente «en el marco de las negociaciones con sus clientes». El art. 5 del anexo del RD 629/1993, aplicable a los contratos anteriores a la Ley 47/2007, exigía que la información «clara, correcta, precisa, suficiente» que debe suministrarse a la clientela sea «entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación». La consecuencia de todo ello es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente.

2.- No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto, y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que los Sres. Pedro Miguel y Ana María adquirieron las obligaciones subordinadas porque le fueron ofrecidas por empleados de la demandada. Para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por los demandantes y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición."

Así las cosas, el eje del litigio que nos ocupa se sitúa en que, junto a la exquisita exigibilidad de diligencia en el hacer bancario, está también presente el perfil personal de la clienta que, en su calidad de Notaria, se le presuponen unos conocimientos técnicos en la materia y una especial diligencia en la contratación, afirmando



también el TS que: "La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa."

En dicho contexto, y habida cuenta de las circunstancias del caso, considera la Sala que se debe ponderar entre dos conductas en las que los correspondientes niveles de diligencia están cuestionados. Porque, por un lado, la falta de diligencia bancaria concurre en la medida en que, además de no acreditarse la aportación de la información suficiente para explicar la trascendencia del producto adquirido, subyace también una mención equívoca en el encabezamiento del la Orden de compra -único documento suscrito por la actora-, propiciatoria de un error; y, si bien a la clienta le era exigible, por su perfil personal, mayor diligencia de la habitual en el control y conocimiento del producto contratado, sin embargo, tal mención, unida a la insuficiencia de explicaciones en el resto del documento contractual -no justificadas tampoco en la testifical e interrogatorio de parte-, inclinan la conclusión a favor de la clienta en la línea seguida por el TS, y antes referida, en lo concerniente a establecer presunciones en los ámbitos no estrictamente despejados por prueba solvente, y en atención también al principio de distribución de la carga de la prueba y de facilidad probatoria (art. 217 LEC).

Todo lo cual determina que la parte apelante no ha desvirtuado los motivos en que, esencialmente, se fundó la sentencia de primera instancia en la que se estableció su condena. No obstante, observa la Sala que sí se han suscitado dudas de hecho y de derecho sobre el alcance de las responsabilidades, las cuales, si bien finalmente han sido ponderadas a favor de la estimación de la demanda, debiendo la Sala confirmar la sentencia de instancia al respecto, sin embargo, y por razón de lo expuesto, tales dudas suscitadas presentan suficiente entidad como para justificar, ex art. 394 de la LEC , la viabilidad de la última petición apelatoria, relativa a la no imposición de las costas a la parte demandada.

QUINTO.- La parte apelante también reitera la excepción de falta de legitimación pasiva con cita de la sentencia del Pleno del TS nº 371/2019, de 27.6.2019 . Refiriendo la apelante que: "Como hicimos constar en la instancia, la demanda se dirige frente a BBVA encontrándose la misma configurada sobre la base de su petitum principal como si "Caixa d'Estalvis de Catalunya" (de la que BBVA es sucesora) hubiera sido la propietaria de los Valores que adquirió la demandante, y como si "Caixa Catalunya" hubiera sido quien transmitió a la ahora actora dichos valores, cuando no es así. Pues bien, ni Caixa Catalunya ni BBVA son ni han sido nunca propietarias de esos valores, ni han pagado los cupones, ni recibieron el importe de la compra de los mismos. Ello correspondió al emisor de dichos valores, "BPE Financiaciones, S.A." con la garantía de "Banco Popular Español, S.A. (hoy "Banco Santander, S.A.)."

Al respecto, la apelada se opone recordando que: "Caixa Cataluña (ahora BBVA) fue la entidad financiera que recomendó y comercializó el producto con mi mandante. La relación entre BBVA y mi representada es contractual, basta con ver el Documento 5 de la demanda que resulta el documento de venta del producto a la actora y que engañosamente se denomina "CONTRATO DE VENTA DE RENTA FIJA". No estamos ante una compra que realiza la actora "per se" en el mercado secundario, sino en una venta asesorada a la actora y ligada con la demandada por una relación contractual en la que es la empresa de inversión la que se encarga de obtener el producto de su emisor o de su anterior titular, sin que este extremo tampoco sea comunicado al comprador, en este caso la actora.". Recuerda, en dicho sentido la parte recurrida, la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª en Pleno, de 18-04-2013, nº 244/2013, rec. 1979/2011 , así como las del Tribunal Supremo Sala 1ª, sec. 1ª, S 4-7-2018, nº 423/2018, rec. 3541/2015 : "...la entidad bancaria que comercializa un producto de inversión emitido por una tercera entidad goza de legitimación pasiva para la acción de nulidad por error vicio instada por los adquirentes del producto (sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015 ; 625/2016, de 24 de octubre ; 718/2016, de 1 de diciembre ; 477/2017, de 20 de julio ; y 71/2018, de 13 de febrero). La sentencia 71/2018, de 13 de febrero , compendia las razones que justifican la legitimación pasiva: «Cuando el demandante solo mantiene la relación contractual con la empresa de inversión de la que es cliente, en este caso un banco, y adquiere un producto de inversión que tal empresa comercializa, el negocio no funciona realmente como una intermediación por parte de la empresa de inversión entre el cliente comprador y el emisor del producto de inversión o el anterior titular que transmite, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto (en este caso, unas participaciones preferentes de un banco islandés) que la empresa de inversión se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular y, al transmitirla a su cliente, obtiene un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del agente."



Observando la Sala que la sentencia citada por la parte apelante (Roj: STS 2025/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2025), Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 371/2019, de 27/06/2019, relativa a la anulabilidad por error vicio de la compra en mercado secundario (bolsa) de acciones cotizadas; en ella la legitimación pasiva se atribuye al vendedor, no a la entidad de servicios de inversión que opera como intermediario necesario, pero precisa el TS que, cuando ha flexibilizado el requisito de la legitimación pasiva en acciones de anulabilidad por error vicio del consentimiento, al reconocérsela a las entidades financieras que habían comercializado entre sus clientes productos de inversión (por ejemplo, sentencias 769/2014, de 12 enero de 2015; 625/2016, de 24 de octubre; 718/2016, de 1 de diciembre; 477/2017, de 20 de julio; y 10/2019, de 11 de enero), dicha jurisprudencia se ha aplicado a productos financieros complejos, entre los que no se encuentra la compraventa de acciones que cotizan en bolsa (a los que va referida la sentencia del Pleno del TS citada por la hoy apelante). Por lo que tampoco aquí el recurso desplaza las consideraciones de la sentencia de instancia sobre la legitimación pasiva.

SEXTO.- Alega también la apelante la excepción de caducidad de la acción, afirmando que: "Así, en la práctica del conjunto de la prueba quedó acreditado que inicialmente D^a Maite tenía depositadas las Obligaciones en una Cuenta de Valores en Catalunya Caixa, cuando los adquirió. Y asimismo quedó acreditado que en fecha 6 de Junio de 2014 la actora traspasó dichos títulos, las Obligaciones Subordinadas, a otra Cuenta de Valores en "La Caixa", en la cual obraban depositados otros valores como Acciones de Telefónica y posteriormente de Endesa o de Caixabanc, siendo con ello plenamente consciente D^a Maite ya en dicha fecha que lo que había adquirido eran valores, al traspasar las obligaciones a otra cuenta de valores en otra entidad, en "La Caixa". Resulta evidente, y una Notario lo sabe, que no pueden depositarse sino valores en una cuenta de valores. Y no un plazo fijo ni ningún producto semejante. Y si ello tuvo lugar ya en 6 de Junio de 2014, ello acaeció EN UN TIEMPO SUPERIOR A LOS CUATRO AÑOS PREVIOS A LA FECHA DE PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA, POR LO CUAL LA ACCIÓN OBRA PLENAMENTE CADUCADA."

Alegato al que se opone la actora por considerar que "La sentencia no yerra al desestimar dicha excepción. Conforme a reciente jurisprudencia el plazo de caducidad empieza a contar a partir de la consumación del contrato (cuando el contrato ha dejado de producir efectos), y habiéndose convertido en acciones dicho producto en fecha 6 de junio de 2017, no cabe entender que la acción se encontrara caducada a la fecha de la presentación de la demanda, en julio de 2018, así se recoge en la STS de 19 de febrero de 2018 se fija el día inicial en contratos bancarios complejos y de tracto sucesivo en la consumación, tal y como por otra parte impone el art. 1301.IV del Código Civil, entendiendo el Alto Tribunal que tal consumación se produce con el agotamiento o extinción del contrato identificado en el supuesto examinado con la fecha de vencimiento."

Apreciando la Sala que, ciertamente, la apelante no desplaza los cumplidos argumentos en que la sentencia de instancia despachó la cuestión de la excepción de caducidad de la acción, con cita del art. 1.301 CC, que dispone que "La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: [...] En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato". Lo cual fue complementado con la referencia a la STS de 2 de marzo de 2018 y con la conclusión que, igualmente, se transcribe:

"La primera alegación, con relación a la caducidad de la acción, no puede ser estimada. Entre otras, en las SSTS 489/2015, de 16 de septiembre y 769/2014, de 12 de enero de 2015, se declara que el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error vicio, no puede quedar fijado antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error; en nuestro caso, en el momento en que se produce el canje preceptivo de las obligaciones subordinadas, esto es, julio de 2013".

En el present cas, la conversió de les Obligacions en accions del Banco Popular va tenir lloc arrel de la resolució del FROB feta el 7 de juny de 2017. Per tant, aquesta data és la que va iniciar el còmput del termini de caducitat de l'acció plantejada en aquest plet, ja que va ser a partir d'aquesta conversió quan la Sra. Maite necessàriament havia de ser ja conscient de que les Obligacions Subordinades no eren depòsits bancaris sense risc."

SÉPTIMO.- Finalmente, la apelante afirma que "procede en cualquier caso revocar la condena en costas a mi mandante, dadas las dudas de derecho que en todo caso pudiera presentar el debate suscitado, máxime cuando mi mandante en ningún momento ha pretendido incumplir ni la Ley, ni la Jurisprudencia aplicable, como hemos expuesto."

Petición no contestada de adverso. Considerando la Sala procedente tal solicitud en base a lo expuesto en el Fundamento jurídico cuarto, cuando afirmábamos que, si bien la parte apelante no ha desplazado los motivos en que esencialmente se fundó la sentencia de primera instancia en la que se estableció su condena, sin embargo, observa la Sala que sí se han suscitado dudas de hecho y de derecho sobre el alcance de las responsabilidades, las cuales, si bien finalmente han sido ponderadas a favor de la estimación de la demanda, debiendo la Sala confirmar la sentencia de instancia al respecto, sin embargo, y por razón de lo expuesto, tales dudas suscitadas presentan suficiente entidad como para justificar, ex art. 394 de la LEC, la viabilidad de la última petición



apelatoria, relativa a la no imposición de las costas a la parte demandada. Lo que supone la estimación del recurso en este punto.

ÚLTIMO.- Al estimarse parcialmente el recurso de apelación no ha lugar a hacer pronunciamiento alguno en cuanto a las costas procesales devengadas en esta alzada, ni respecto de la actora- apelada ni en cuanto a la demandada absuelta en primera instancia, de quien no se pudo proponer ni se propuso condena alguna por la apelante; todo ello en aplicación de los artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

VISTOS los preceptos legales citados, concordantes, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.", actuando como su Procurador D. JUAN REINOSO RAMIS, contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 24 de Palma en fecha 2 de septiembre de dos 2019 (aclarada por auto de fecha 16 de septiembre de dos mil diecinueve) en los presentes autos de juicio ordinario en ejercicio de acción de nulidad contractual, seguidos con el número 626/18, de los que trae causa el actual rollo de apelación, **DEBEMOS ACORDAR Y ACORDAMOS:**

1) REVOCAR la sentencia de instancia únicamente en cuanto a la condena en costas de la entidad demandada condenada, "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.", **ACORDANDO** en su lugar no hacer pronunciamiento alguno en costas en primera instancia.

2) CONFIRMAR la sentencia de instancia en los demás pronunciamientos.

3) No hacer pronunciamiento alguno en materia de costas procesales en esta segunda instancia.

Tal y como establece la Disposición Adicional 15ª.8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por el número 19 del artículo primero de 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, **la estimación total o parcial del recurso conlleva la devolución del depósito** (salvo en los casos en que éste no haya sido necesario para recurrir).

Recursos.- Conforme el art. 466.1 de la L.E.C . 1/2000, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella. Ambos recursos deberán interponerse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de la sentencia, debiendo estar suscrito por Procurador y Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal (Ley 37/11, de 10 de octubre). No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno. Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15ª de la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre , el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta Sección tercera de la Audiencia Provincial, nº 0450, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

Sr. Artola Sr. Gibert Sra. Calado

PUBLICACIÓN

Extendida y firmada que ha sido la anterior resolución por los Ilmos. Srs. Magistrados indicados en el encabezamiento, procédase a su notificación y archivo en la Secretaría del Tribunal, dándosele publicidad en la forma permitida u ordenada por la Constitución y las leyes, todo ello de acuerdo con lo previsto en el artículo 212 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Doy fe.

*** * ***