



Sección nº 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68, pl. 1 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 934866180
FAX: 934867112
EMAIL:aps14.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120188010769

Recurso de apelación [REDACTED]

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 23 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) [REDACTED]

Parte recurrente/Solicitante: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (BBVA SA)
Procurador/a: Ignacio Lopez Chocarro
Abogado/a: [REDACTED]

Parte recurrida: ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN) [REDACTED]
MARIA DE LA CONCEPCION FAJAL TORO
Procurador/a: Pedro Moratal Sendra
Abogado/a: Oscar Serrano Castells

SENTENCIA N° 11/2021

Ilmos. Sres.

Don Agustín Vigo Morancho (Presidente)
Don Sergio Fernández Iglesias
Don Antonio J. Martínez Cendán (Ponente)

En Barcelona, a 18 de enero de 2021.

La Sección 14^a de la Audiencia Provincial de Barcelona ha visto en grado de apelación el juicio ordinario núm. [REDACTED], sobre ineeficacia contractual e indemnización de daños y perjuicios, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Barcelona, entre la [REDACTED] ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN), que actúa en nombre de don ALFONSO SORTE VIDAL y doña MARIA JESUS ALMENDROS FAJAL TORO, representados por el procurador don Pedro Moratal Sendra y con la asistencia letrada de doña M^a Mercè Sanjuan Nolla, y BBVA, S.A., representada por el procurador don Ignacio López Chocarro y con la asistencia letrada de don [REDACTED], que pende ante nosotros por virtud del recurso interpuesto por la demandada contra la sentencia dictada en dichas actuaciones en fecha 18 de diciembre de 2018.

Expresa la decisión del Tribunal el Ilmo. Sr. don Antonio J. Martínez Cendán, que actúa como ponente.





ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el juicio ordinario núm. [REDACTED] tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Barcelona, se dictó sentencia el día 18 de diciembre de 2018, cuya parte dispositiva establece textualmente lo siguiente:

"ESTIMANDO TOTALMENTE la demanda instada por el Procurador D. PEDRO MORATAL SENDRA en representación de [REDACTED] [REDACTED] que actúa en defensa e interés de sus asociados, d. ALFONSO SORIANO y dña [REDACTED] [REDACTED] contra BBVA, S.A. debo DECLARAR y DECLARO LA NULIDAD (anulabilidad) por error vicio en el consentimiento de la compra de títulos valores objeto del procedimiento de fecha 12 de noviembre de 2010 y, en consecuencia, debo CONDENAR y CONDENO a la demandada:

- a restituir a d. ALFONSO SORIANO y dña MARI CONCEPCION [REDACTED] [REDACTED] el importe de CIENTO CUARENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS DIECIOCHO EUROS CON QUINCE CENTIMOS (147.818,15 EUROS) más los intereses legales de dicha cantidad desde el cargo en cuenta y hasta su efectiva devolución, debiéndose compensar de todo ello los importes percibidos en concepto de rendimientos o cupones más los intereses legales desde su devengo y,

- a satisfacer las costas del procedimiento".

SEGUNDO.- Contra dicha resolución la representación de la demandada interpuso recurso de apelación.

La parte actora se opuso al recurso de apelación. A continuación las partes fueron emplazadas ante esta Sala, compareciendo en tiempo y forma.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Sección, sin necesidad de celebración de vista, el 14 de enero de 2021 tuvo lugar la sesión de deliberación, votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación de la segunda instancia jurisdiccional se han observado todas las prevenciones legales en vigor, a excepción del plazo global de duración debido al cúmulo de asuntos que penden ante esta Sección.





FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1.- La parte actora presentó demanda interesando la nulidad por error vicio en el consentimiento de la compra de los títulos valores de fecha 12 de noviembre de 2010 y la condena a restituir el importe de 147.818,15 euros, más los intereses legales de dicha cantidad desde el cargo en cuenta y hasta su efectiva devolución, debiéndose compensar de todo ello los importes percibidos en concepto de rendimientos o cupones; subsidiariamente, solicitó la declaración del incumplimiento de CAIXA CATALUNYA, actualmente BBVA, S.A., de sus obligaciones legales de lealtad e información en la venta de los títulos objeto del procedimiento y la condena al pago de daños y perjuicios por importe de 147.818,15 euros, más los intereses legales desde la fecha de la reclamación judicial, debiéndose compensar todo ello con los importes percibidos en concepto de rendimientos o cupones.

2.- La demandada opuso su falta de legitimación pasiva, argumentando que no fue parte en el negocio jurídico cuya nulidad se interesa por haber intervenido como mera intermediaria, oponiéndose en cuanto al fondo exponiendo que cumplió sus obligaciones de intermediaria y que los actores no son simples ahorradores ni consumidores desinformados, al disponer de una cartera de inversión próxima a los quinientos mil euros, lo que denota la existencia de conocimientos sólidos y experiencia previa.

3.- La sentencia de primera instancia considera que de la prueba practicada no consta acreditado que se informara a los actores de las características y riesgos del producto litigioso ni en concreto de la posibilidad de pérdida de capital, ni que el mismo fuera adecuado a su perfil para poder llegar a un conocimiento del producto contratado, por lo que declara la nulidad pretendida y condena a la restitución del capital de la inversión (147.815,15 euros) más el interés legal de dicha cantidad desde el cargo en cuenta y hasta su efectiva devolución, descontando los rendimientos obtenidos en concepto de rendimientos o cupones más los intereses legales de dichas cantidades desde su devengo.

4.- La demandada recurre la anterior sentencia en base a las siguientes alegaciones: i) confusión del objeto del contrato de las órdenes de compra: lo contratado fueron bonos, no obligaciones subordinadas; ii) la actuación de Catalunya Banc fue de mero mediador; iii) no debe prosperar la acción





de nulidad en atención al perfil y experiencia financiera de los actores.

SEGUNDO.- El objeto del contrato de las órdenes de compra.

Argumenta la apelante en este primer motivo que el juzgador de primer grado confunde el objeto del negocio jurídico, lo que provoca que se alcancen unas conclusiones que nada tienen que ver con la realidad. Se dice que la sentencia concluye que el tipo del producto contratado eran obligaciones subordinadas cuando en realidad son bonos.

El único documento relativo a la compra del producto por los actores es el aportado con el número 4 de la demanda, consistente en justificante bancario de liquidación de compra de valores con referencia "BN. BPE FIN V. 10-20", con el código ISIN XS0550038569. El código ISIN (acrónimo de International Securities Identification Numbering System) tiene como finalidad identificar de forma única a un valor mobiliario a nivel internacional. Dicho código coincide con el del folleto aportado como documento núm. 17 de la demanda, que se refiere al producto "BPN Financiaciones Subordinated DEBT 2010 Series 1" y que se corresponde con una emisión de 4.000 obligaciones subordinadas, de 50.000 euros cada una, por un importe de 200 millones de euros, un interés fijo de 6,873% y amortización prevista para el 22 de octubre de 2020.

En el acto de la audiencia previa, al amparo del art. 265 de la LEC, se acordó requerir a la apelante para que aportara las órdenes de compra del producto y es lo cierto que dichos documentos no fueron aportados por la apelante. En definitiva, consideramos que no hay confusión en cuanto al producto contractado, y si la hay debe imputarse a la propia apelante, ni en las conclusiones que sobre la acción de nulidad se alcanzan en la sentencia de primera instancia.

TERCERO.- La actuación de CATALUNYA BANC, hoy BBVA.

Afirma la apelante que la sentencia de primera instancia incurre en un segundo error, al calificar la operación de asesoramiento financiero cuando en realidad se trató de un mandato de fecha 12 noviembre de 2010 de adquirir bonos de Banco Popular por un importe nominal de 150.000 euros, por lo que no existe nexo de causalidad entre el supuesto perjuicio sufrido por los actores y su actuación.





El Tribunal Supremo se ha pronunciado de manera reiterada sobre la cuestión jurídica que plantea el recurrente. En su sentencia de 4 de julio de 2018 explica:

"Constituye una jurisprudencia de esta sala que, en casos como el presente, 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.

"De no considerarse así, se privaría en la práctica al cliente minorista de la posibilidad de ejercitar la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento, puesto que le es muy difícil, por lo gravoso, cuando no imposible, ejercitárla contra una entidad emisora ubicada en un Estado extranjero o contra un anterior titular del que desconoce la identidad, que puede estar domiciliado también en un Estado extranjero, y que ninguna intervención ha tenido en la causación del error vicio al comprador, pues la obligación de información no recaía sobre él sino sobre la entidad bancaria que comercializó el producto".

Aplicado al caso presente queda claro que quien vendió los títulos a los actores fue CATALUNYA BANC (hoy BBVA), quien lo comercializó en una de sus oficinas y a través de sus empleados, como así quedó suficientemente acreditado con la declaración de la trabajadora Sra. [REDACTED] (desde min. 1:40 del juicio), lo que ha de conllevar la desestimación de este motivo del recurso.





CUARTO.- El perfil y experiencia financiera de los actores.

Sostiene la apelante que el perfil de los actores no es de "minoristas ahorradores" sin experiencia financiera, al tener suscritos bonos de diferentes entidades bancarias por un importe total de 500.000 euros y disponer en su cartera de inversión de acciones en índices extranjeros, por lo que disponían de unos conocimientos sólidos y una experiencia previa y contrastada de productos de riesgo similar o incluso superior.

El motivo también será desestimado.

Los actores adquirieron el producto a través de la oficina [REDACTED] de la entonces Caixa Catalunya en Barcelona, bajo la recomendación efectuada por la empleada doña [REDACTED], su gestora de banca personal de confianza, realizando una disposición por importe de 147.818,15 euros para la adquisición de tres títulos de obligaciones subordinadas del Banco Popular de fecha 12 de noviembre de 2010. Dicha empleada manifestó en juicio que los actores mantenían un perfil prudente y moderado.

Aunque hubieran contratado con anterioridad otros productos financieros es lo cierto que carecen de conocimientos específicos (así lo manifestó también el testigo Sr. [REDACTED], asesor fiscal de los actores, desde min. 13 del juicio), actuando y dejándose asesorar por la profesionalidad de los empleados de la entidad.

Señalan las sentencias del Tribunal Supremo 580/17, de 25 de octubre, y 71/18, de 13 de febrero, 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 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. 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.

Ya hemos dicho que la actuación de la demandada no puede considerarse como el cumplimiento de un mandato, sino como un servicio de inversión consistente en asesoramiento prestado por una entidad financiera a sus clientes, puesto que no se trató de una difusión indiferenciada de productos o servicios financieros o de inversión dirigida al público en general. En este sentido la STS del 30 de septiembre de 2016, con cita de las STS de 25 de febrero y 17 de junio de 2016, declara que para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento, ni que la inversión se incluyera en un contrato de gestión de carteras. Basta con que la iniciativa parte de la empresa de inversión y que sea esta la que ofrezca el producto al cliente, recomendándole su adquisición.

En el presente caso el servicio prestado fue de asesoramiento financiero y el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que los actores, clientes minoristas, conocían bien en qué consistía el producto que contrataban y los concretos riesgos asociados, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más les convenía y ha quedado acreditado que ni antes ni durante la celebración del contrato, se ofreció información suficiente para comprender los riesgos que asumían al suscribir el producto ofrecido por la entidad bancaria, sin que se pueda presumir el conocimiento por el hecho de haber contrato otros productos. La carga de la prueba de haber cumplido efectivamente con el deber de información recae sobre el profesional financiero, según constante jurisprudencia (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2005).





QUINTO.- Costas de la apelación y destino del depósito.

Por todo lo que antecede, el recurso interpuesto ha de ser desestimado, con imposición de las costas causadas por el seguimiento del proceso en segunda instancia conforme a lo dispuesto en el art. 398.1 LEC, en relación al art. 394.1 de la misma norma.

Conforme al punto 9º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, procede la pérdida del depósito constituido.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

1º Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BBVA, S.A. contra la sentencia de 18 de diciembre de 2018, dictada en juicio ordinario núm. [REDACTED], seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Barcelona.

2º Confirmar la sentencia recurrida.

3º Condenar a la apelante al pago de las costas causadas por el presente recurso y a la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma y, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 208.4 LEC, se informa a las partes que esta sentencia no es firme. Dictada en un proceso de cuantía inferior a 600.000 euros, contra ella cabe recurso de casación, siempre que su resolución presente interés casacional, y recurso extraordinario por infracción procesal, ante el Tribunal Supremo o ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña si la casación se funda, exclusivamente o junto a otros motivos, en la infracción de normas del ordenamiento civil catalán (arts. 477.2.3º y 3, 478.1 y D. Final 16ª LEC y arts. 2 y 3 Ley 4/2012, de 5 de marzo, del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña).

Firme que sea esta resolución devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de





la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, juzgando de manera definitiva en segunda instancia, lo acordamos y firmamos.

