

SENTENCIA Nº 000475/2019

SECCIÓN OCTAVA

=====

Ilmos/as. Sres/as.:

Presidente

PEDRO LUIS VIGUER SOLER

Magistrados/as

JOSÉ LUIS GÓMEZ-MORENO MORA

Mª FE ORTEGA MIFSUD

=====

En la ciudad de VALENCIA, a catorce de octubre de dos mil diecinueve.

Vistos por la Sección Octava de esta Audiencia Provincial, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. PEDRO LUIS VIGUER SOLER, los autos de Juicio Ordinario [ORD], promovidos ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 27 de Valencia, con el nº 000243/2018, por ELECTROCLIMA LEVANTE S.L. representado en esta alzada por el Procurador D. ISMAEL RUBIO PASCUAL y dirigido por el Letrado D. MIGUEL DURÁN CAMPOS contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. representado en esta alzada por el Procurador D. JESÚS RIVAYA MARTOS y dirigido por el Letrado D. CARLOS PASCUAL VICEN, pendientes ante la misma en virtud del recurso de apelación interpuesto por D. ELECTROCLIMA LEVANTE SL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada, pronunciada por el Sr. Juez de 1ª Instancia nº 27 de Valencia, en fecha Valencia, contiene el siguiente: “FALLO: Que estimo la demanda formulada por el Procurador D. Ismael Rubio Pascual en nombre y representación de la mercantil ELECTROCLIMA LEVANTE SL contra BBVA SA y en consecuencia declaro la nulidad por vicio en el consentimiento de la orden de compraventa de BONOS ABENGOA FINANCE SAU. 02-13, con código ISIN XS0882237729, y de 30 de abril de 2015 y, en consecuencia, del contrato de adquisición de los mencionados bonos, y de cualquier contrato antecedente o derivado de dicha adquisición en virtud de la teoría de ineficacia propagada o en cadena, así como cualquier comisión cobrada inherente a dicha suscripción,, condenando a

la entidad financiera demandada a la restitución recíproca de las prestaciones inherente a dicha declaración todo ello en los términos de lo establecido en los artículo 1,303 y por lo tanto deberá la entidad demandada abonar la suma de 158.437,50 € más los intereses legales desde la interposición de la demanda y la entidad actora procederá a poner a disposición de la entidad demandada los bonos o, en su caso, el producto que lo sustituya, y todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada."

SEGUNDO.- Contra la misma, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por ELECTROCLIMA LEVANTE SL, que fue admitido en ambos efectos y remitidos los autos a esta Audiencia, donde se tramitó la alzada, señalándose para Deliberación y votación el 07 de octubre de 2019.

TERCERO.- Se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso.- La sentencia de primera instancia dictada en fecha 30 de enero de 2019 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 27 de Valencia, estimó la demanda formulada por ELECTROCLIMA LEVANTE S.L. contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. y declaró la nulidad, por vicio en el consentimiento, de la orden de compra venta de bonos ABENGOA FINANCE SAU 02-13 con código y ISIN XS0882237729 de 30 de abril de 2015 y el contrato de adquisición de los mencionados bonos y de cualquier contrato antecedente derivado de dicha adquisición en virtud de la teoría de la eficacia propagada en cadena, así como cualquier comisión cobrada inherente a dicha suscripción; la mencionada sentencia condenó a la citada entidad financiera demandada a la recíproca restitución de las prestaciones inherentes a dicha declaración, todo ello en los términos de lo establecido en el artículo 1303 Cc y por lo tanto a abonar a la mercantil demandante la suma de 158.437,50 € más los intereses legales desde la interposición de la demanda, mientras que ésta debía proceder a poner a disposición de la entidad demandada los bonos o, en su caso, el producto que lo sustituya, y todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de

BBVA S.A. en base a diversos motivos que expuestos sintéticamente son los siguientes: A) ausencia de error en el consentimiento por parte de la entidad actora; B) cumplimiento por parte de la demandada de todas las obligaciones exigidas por la ley habida cuenta de la catalogación de los bonos ABENGOA como producto no complejo; y C) error en la valoración de la prueba, solicitando que se dictara sentencia estimatoria del recurso revocatoria de la sentencia de instancia y absolviendo a la demandada de los pedimentos formulados en la demanda, con imposición de costas a la parte actora; conferido el oportuno traslado la mercantil demandante y apelada presentó escrito oponiéndose al mismo solicitando su desestimación con imposición de costas a la parte apelante.

La mercantil actora también interpuso recurso contra la citada sentencia, que se centró en las consecuencias de la declaración de nulidad del contrato de adquisición de bonos Abengoa y la restitución recíproca de las prestaciones, al no haber aplicado la sentencia correctamente, a su juicio, los intereses a que se refiere el art. 1303 Cc, que debían devengarse desde el momento de la adquisición del producto, minorando dicha cantidad en la suma en que se cifren los intereses liquidados a la actora desde la firma de la orden de adquisición hasta la fecha de la restitución, por lo que solicitaba la estimación del recurso y la revocación de la sentencia en este concreto extremo. De dicho recurso se dio traslado a la entidad demandada BBVA S.A. que se opuso al mismo solicitando su desestimación con imposición de costas a la parte apelante.

SEGUNDO.- Recurso interpuesto por BBVA.- Por razones de sistemática, siendo dos los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia, se analizará en primer lugar la impugnación formulada por la entidad demandada en cuanto tiene por objeto combatir el fallo en su integridad, mientras que el interpuesto por la parte actora se limita exclusivamente a los efectos restitutorios de la nulidad del contrato de autos, por lo que se abordará en el apartado correspondiente.

Sentado lo anterior, en su escrito de interposición del recurso la entidad demandada apelante BBVA sistematiza o resume los motivos de su impugnación a través de los siguientes bloques de alegaciones: A) El tratamiento del error del consentimiento contractual alegado por la actora y las consecuencias de este, y la ausencia de error en el consentimiento en el presente caso; B) Cumplimiento por parte de la demandada de todas las obligaciones exigidas por la ley habida cuenta de la catalogación de los BONOS ABENGOA como producto no

complejo; C) Error en la valoración de la prueba ya que la sentencia recurrida obvia la prueba practicada que acredita que nos encontramos ante cliente de banca privada, la experiencia previa inversora y la existencia de un marco contractual definido en el que se desarrolla toda la comercialización de los bonos Abengoa.

Expuestos los motivos impugnatorios procede entrar en el análisis de los mismos.

I.-) Los bonos como producto complejo.- En primer lugar procede analizar las características del producto contratado ya que la entidad demandada apelada cuestiona que se trate de un producto financiero complejo, tal y como así lo estima la sentencia impugnada, y es esta la premisa básica de la que depende la normativa aplicable.

En primer término debe destacarse que el carácter de producto complejo no deriva del riesgo del mismo, puesto que el hecho de que un producto bancario sea un producto de riesgo no comporta per se que se trate de un producto complejo, y así actualmente ello queda clarificado con la Orden ECC/2316/2015 en que se distingue la información que las entidades bancarias deben facilitar sobre los indicadores de riesgo y las alertas de complejidad. Por otro lado, la Guía de la Comisión Nacional del Mercado de Valores para la catalogación de los instrumentos financieros como complejos o no complejos (que se aporta como documento nº 15 de la demanda) establecía que "aquellos bonos u otro tipo de deuda que incorporan una opción de amortización anticipada para el emisor, el tenedor o para ambos, no pueden catalogarse como no complejos".

Los bonos Abengoa incorporaban dicha opción de amortización anticipada para el emisor, como así consta en el informe pericial aportado como documento nº 16 por la demandante, por lo que se trataba de productos que debían clasificarse como complejos con las obligaciones que en su comercialización se imponían.

Además, como recuerda el Tribunal Supremo en la sentencia de 17 de junio de 2016, "*según la clasificación de los productos financieros realizada por el art. 79 bis 8 a) LMV (actual art. 217 del Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), son productos no complejos, los que cumplan todas y cada una de las siguientes cuatro características: a) que sean reembolsables en cualquier momento a precios conocidos por el público; b) que el inversor no pueda perder un*

importe superior a su coste de adquisición, es decir, a lo que invirtió inicialmente; c) que exista información pública, completa y comprensible para el inversor minorista, sobre las características del producto; y d) que no sean productos derivados. A sensu contrario, son productos o instrumentos financieros complejos los que no cumplen con todas o alguna de las características anteriores. Los productos complejos pueden suponer mayor riesgo para el inversor, suelen tener menor liquidez (en ocasiones no es posible conocer su valor en un momento determinado) y, en definitiva, es más difícil entender tanto sus características como el riesgo que llevan asociado”.

A todo ello cabe añadir que la complejidad del producto se desprende del folleto informativo, dados los riesgos que lleva asociados, singularmente de la ya mencionada amortización anticipada, su subordinación al resto de acreedores de la compañía y la variabilidad de las garantías, entre otros; y precisamente este carácter complejo del producto determina la necesidad ineludible de un previo asesoramiento realizado por la entidad financiera que exige el cumplimiento de unos requisitos legales de información previos a la contratación en los que se atienda a las circunstancias concretas del cliente y a los objetivos financieros del mismo. En el presente caso es indudable que hubo asesoramiento, no sólo por la existencia del contrato previo de asesoramiento en materia de inversiones de 3 de abril de 2014 que se acompaña a la contestación a la demanda (documento nº 2), sino porque el propio empleado de la entidad Sr. Monzón declaró en juicio que el producto fue ofrecido por el banco al cliente entre varias alternativas, esto es, por su propia iniciativa.

Y ello es relevante porque, si existió actividad de asesoramiento, como efectivamente existió sin duda alguna, la entidad financiera debe acreditar que previamente a la formalización de la operación se había facilitado al cliente la información que permitiese conocer las características principales del producto ofrecido y comprobar que no tenía dudas respecto a los riesgos del mismo, máxime cuando en el caso, y como veremos, se trata de un inversor minorista, no profesional, no experto, aun cuando pudiera haber adquirido otros productos financieros con anterioridad, siendo necesario proteger al inversor en su relación con el proveedor de servicios atendida la desproporción entre ambos, a lo que atiende la normativa actual relativa a la comercialización de productos financieros complejos a la que aludiremos.

II.-) El perfil de los administradores de la mercantil actora.- En relación con el

perfil de la mercantil actora, cuestión también objeto de discrepancia y en la que se basa fundamentalmente el recurso de la entidad demandada BBVA, no consta que ésta realizase ninguna clasificación de la empresa (obviamente a través de sus administradores), por lo que debe ser considerada a todos los efectos cliente minorista no profesional.

La prueba practicada acredita que los actores poseían experiencia en diversos productos y es evidente que estaban dispuestos a asumir un cierto riesgo en sus inversiones y que esperaban un rentabilidad por encima de la que ofrecían los productos sin riesgo, siendo su voluntad abandonar los depósitos a plazo fijo como reconoció en juicio el Sr. Ramis, legal representante de la actora, y también está acreditado que antes de la contratación de los bonos Abengoa la mercantil actora había adquirido otros productos de características similares a los bonos Abengoa; pero como dice la sentencia de instancia, una cosa es asumir riesgos y otra muy distinta es la pérdida total de la inversión debido a un producto de elevado riesgo del que no se ha dado la suficiente información. No obstante, aunque los actores habían realizado inversión en renta variable y otros productos y así lo ha acreditado la entidad demandada, debe tenerse presente que se desconoce la información que se facilitó sobre esos otros productos antes de que los actores procediesen a su contratación, y como dice el Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de febrero de 2016 *"que los clientes hubieran contratado anteriormente productos similares no conlleva que tuvieran experiencia inversora en productos financieros complejos, si en su contratación tampoco les fue suministrada la información legalmente exigida. Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril , y 769/2014, de 12 de enero de 2015, para la entidad de servicios de inversión la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Como hemos afirmado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril ,769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 489/2015, de 15 de septiembre , la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas no los convierte tampoco en clientes*

expertos, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a los demandantes una información adecuada para contratar el producto con conocimiento y asunción de los riesgos de una inversión compleja y sin garantías".

De conformidad con lo dicho resulta que los actores tenían un perfil de cliente minorista, no profesional, y dicha calificación, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015, *"implica una presunción de falta de conocimiento de los instrumentos financieros complejos y, consecuentemente, la existencia de una asimetría informativa que justifica la existencia de rigurosos deberes de información por parte de las empresas de inversión, que en este caso no se han cumplido. Y además, no cabe entender que los demandantes tuvieran, por su profesión o experiencia, conocimientos profundos de este producto financiero complejo que les permitiera conocer los riesgos asociados a e'1. No puede considerarse, por las razones que se han expuesto, que quienes contrataron el préstamo hipotecario multidivisa disponían de los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del instrumento financiero contratado y los riesgos asociados al mismo, teniendo en cuenta que se trata de un producto peculiar, que precisa de conocimientos especializados que no están al alcance de cualquier ejecutivo."*

En este sentido es oportuno traer a colación la STS nº 579/2016 de 30 de septiembre que señala: *"El hecho de que las clientes sean sociedades mercantiles, que uno de los administradores tuviera cargos en otras sociedades, no supone necesariamente el carácter experto del cliente, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario (en este caso, del sector de la fabricación y venta de mobiliario) sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. Hemos afirmado en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, y 651/2015, de 20 de noviembre, entre otras, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, y «no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera» (sentencia 676/2015, de 30 de noviembre). Tampoco puede considerarse que se tratara de un cliente experto por el hecho de haber suscrito algunos contratos de swap en las fechas inmediatamente anteriores, a la vista de que los mismos eran*

impuestos por la entidad bancaria como requisito para obtener financiación y no se acredita que en la contratación de los swaps en fechas anteriores se suministrara la información adecuada que en este caso faltó. Como alegan las recurrentes, de esas circunstancias puede derivarse su calificación como clientes confiadas, pero no como clientes expertas”.

Es de destacar que no bastan a tal efecto los “conocimientos usuales del mundo de la empresa que puede tener el administrador, ni siquiera con los de quienes trabajan en el departamento de contabilidad, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable” (STS n° 549/2015, de 22 de octubre).

Al respecto es sumamente prolija la jurisprudencia del Tribunal Supremo que excluye el carácter de experto en materia de inversiones financieras por el mero hecho de tener conocimientos usuales del mundo de la empresa o de economía, o es administrador de la sociedad y tiene estudios de comercio y actúa junto a su hijo que los tiene de economía (STS n° 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre y 651/2015, de 20 de noviembre); tampoco es relevante el hecho de que en la plantilla de la empresa adquirente del producto complejo hubiera un economista, “en cuyo currículum universitario se incluyera el estudio de las permutas financieras” (STS n° 579/2016 de 30 de septiembre); tampoco excluye la condición de minorista el hecho que el cliente fuera era abogado y economista (STS de 12 de febrero de 2016), o empresario e ingeniero (STS de 11 de mayo de 2015), o por estar acompañado o auxiliado por el contable de la empresa licenciado en ciencias económicas (13 de noviembre y 9 diciembre 2015); o que el administrador de la sociedad tuviera formación de economista (STS de 30 de octubre de 2015); o que se tratara de una empresa de construcción, asistida por su asesor laboral y contable (STS de 18 de abril de 2013) o de un empresa cuyo objeto social incluye la realización de inversiones mobiliarias y cuyo administrador único tiene experiencia en tales inversiones (STS n° 366/2014, de 26 de junio); tampoco se han considerado suficientes a tal fin, por ejemplo, los conocimientos propios de un licenciado en ciencias económicas o empresariales, o los de un empresario de otros sectores de la contratación (cfr. STS de 9 de diciembre de 2015), es decir, es necesaria “la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo (...) y no es la del simple empresario sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos” (cfr. STS de 4 de febrero de 2016, y STS de 29 de marzo de 2016, STS de 19 de mayo de 2016). Lo mismo

entendió el TS respecto a un cliente minorista que era licenciado en Derecho y Económicas, y había trabajado en un despacho de abogados en asuntos internacionales (STS de 12 de febrero de 2016). Por el contrario, el TS ha considerado que ostentaba dicho perfil de experto o profesional del mundo financiero quien era analista de una sociedad capital riesgo (STS nº 66/2016 de 16 de febrero).

En el presente caso es obvio el perfil minorista de la empresa demandante cuyos administradores carecen en absoluto de conocimientos en Derecho, Economía o contabilidad (siendo su formación FP 2 según declaró en juicio su administrador solidario) sin que la demandada haya acreditado otra formación superior, y aunque lo tuvieran sería irrelevante a la vista de la jurisprudencia analizada; y mucho menos cabe sostener que tengan dichos conocimientos especializados en productos de inversión o financieros por el mero hecho de que hayan podido adquirir anteriormente algún producto de riesgo en la entidad demandada, desconociendo cómo y en qué circunstancias se produjo dicha adquisición, lo que por otro lado no es objeto de este pleito.

Por otro lado cabe considerar probado que la contratación se produjo por iniciativa de la propia entidad demandada BBVA tal y como se desprende de la declaración de quien entonces era su empleado Sr. Monzón por lo que hay que partir de la base de que el ofrecimiento fue de la entidad bancaria demandada, que ofreció los bonos entre varias alternativas de inversión; y tampoco cabe sostener desde luego y según lo expuesto, que el perfil de los administradores de la demandante fuera el de expertos o profesionales del mundo de la inversión financiera sino que se limitaron a confiar en la información –muy deficiente– que se les proporcionada y que no se ajustaba a las exigencias de la normativa MiFID.

III.-) Normativa aplicable y deber de información.- Respecto a la normativa que la entidad financiera debía cumplir en el marco de su labor de asesoramiento, debe decirse que en el momento de contratar los bonos ya estaba traspuesta la Directiva 2004/39/CE por la ley 47/2007, de 19 de diciembre, que dio redacción a los art. 78 y siguientes de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores; y había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión (normativa MiFID).

El art. 79 de la Ley del Mercado de Valores prevé que *"las entidades que presten*

servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios" y el art. 79 bis exige que la información facilitada sea imparcial, clara, no engañosa.

El art. 64 RD 217/2008 establece que la entidad financiera debe proporcionar *"una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional"*, debiendo incluir la descripción *"una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundada. Cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero y de los conocimientos y perfil del cliente en la explicación de los riesgos deberá incluirse la siguiente información:*

a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.

b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.

c) La posibilidad de que el inversor asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.

d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumentos."

Las entidades financieras tienen también la obligación de valorar los conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente para precisar la información que se le deba proporcionar, y también de emitir en su caso un juicio de idoneidad.

El *"test de conveniencia"*, conforme al art. 79 bis 7 de la Ley del Mercado de Valores se debe realizar cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento, esto es, cuando el

prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Mediante el test se obtendrá información del cliente, pues se trata de determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado y para ser capaz de tomar decisiones con conocimiento de causa.

Por su parte el art. 79 bis 6 Ley del Mercado de Valores prevé el “test de idoneidad” cuando debe valorarse la idoneidad del producto, y el mismo opera cuando se presta un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. El test de idoneidad suma el test de conveniencia a un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente. Concretamente el art. 72 del RD 217/2008 establece que *“las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras deberán obtener de sus clientes, incluidos los potenciales, la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse, o que debe realizarse al prestar el servicio de gestión de cartera, cumple las siguientes condiciones:*

a) Responde a los objetivos de inversión del cliente en cuestión. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.

b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión.

Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones a un cliente profesional de los enumerados en las letras a) a d) del artículo 78 bis.3 de la Ley 24/1988, de 28 de julio , la entidad podrá asumir que el cliente puede soportar financieramente cualquier riesgo de inversión a los efectos de lo dispuesto en esta letra.

Asimismo, la información relativa a la situación financiera del cliente incluirá, cuando proceda, información sobre el origen y el nivel de sus ingresos periódicos, sus activos, incluyendo sus activos líquidos, inversiones y bienes inmuebles, así como sus

compromisos financieros periódicos.

c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción o la gestión de su cartera. En el caso de clientes profesionales, la entidad tendrá derecho a asumir que el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios a efectos de lo dispuesto en esta letra en cuanto a los productos, servicios y transacciones para los que esté clasificado como cliente profesional.

Cuando la entidad no obtenga la información señalada en las letras anteriores, no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente ni gestionar su cartera."

El art. 74 del RD 217/2008 establece que *"la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:*

a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente.

b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado.

c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes".

En consecuencia, en el caso enjuiciado, la entidad financiera estaba obligada a actuar con transparencia ofreciendo información clara y no engañosa. En atención a tratarse de un cliente minorista debía informar sobre la naturaleza y riesgos del producto financiero de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pudiese tomar decisiones de inversión fundadas. Asimismo la entidad financiera al tratarse de actividad de asesoramiento debía someter al cliente a un doble test, el de conveniencia que tiene por finalidad valorar los

conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente para que la entidad financiera pueda conocer sus competencias en materia financiera y determinar si el cliente puede comprender los riesgos del producto o servicios de inversión para adoptar una decisión; y el test de idoneidad que debe incluir un informe sobre la situación financiera del cliente (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios que más le convengan.

Según reiterada jurisprudencia, la carga de la prueba respecto a haber ofrecido a los actores la información necesaria de manera clara y comprensible previa a la suscripción de los bonos recae sobre la entidad financiera, puesto que era ella la obligada a suministrar la información, lo que es coherente con el principio de disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.6º LEC). En el presente supuesto de la documental aportada resulta que a los actores sólo le fue entregada la orden de compra (no se acredita en la contestación a la demanda la entrega de más documentos relativos a la adquisición de este producto en concreto); la citada orden es un documento extremadamente lacónico, desde luego insuficiente para informar y advertir sobre los riesgos del producto (documento nº 5 de la demanda). La afirmación de la entidad bancaria demandada de que en dicha orden de compra ya se informaba de los riesgos no permite considerar que se trate de información precontractual necesaria para asegurarse de que los actores comprendían la naturaleza y riesgos de los bonos Abengoa, puesto que su contenido es excesivamente parco, y además no consta que la orden de compra se entregara con la antelación suficiente a los efectos de que los actores pudieran consultarla y formular las correspondientes preguntas sobre dudas que les surgiesen por la lectura de la documentación facilitada. Y sobre todo, no consta test de conveniencia ni de idoneidad para este producto en concreto, y tampoco que se trabajara o explicara el producto con ejemplos o escenarios de posibilidades de futuro en cuanto al comportamiento del producto. No consta, en definitiva, que se cumpliera la normativa MiFID.

Y en cuanto al aviso genérico sobre la existencia de riesgos, como señala la sentencia núm. 195/2016, de 29 de marzo, no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato, la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y se requiere una actividad suplementaria del banco realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de la naturaleza del mismo, el modo en que se realizarán las liquidaciones y los riesgos concretos que asume el cliente

(sentencias núm. 689/2015, de 16 de diciembre, y 31/2016, de 4 de febrero). No basta una mera ilustración sobre lo obvio, es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés.

Así, respecto a la trascendencia de la información contenida en el propio contrato de suscripción debe tenerse presente que la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2016 declara que "la información contenida en los contratos, cuando se trata de un producto complejo, no es suficiente. No basta con que en el contrato se haga mención de que "el titular asume el riesgo de que la rentabilidad final del producto sea negativa y que pueda recibir un importe de devolución inferior al importe principal invertido", pues se trata de una advertencia genérica. Es preciso ilustrar los concretos riesgos y advertir cuanto puede llegar a perderse de la inversión y en qué casos, con algunos ejemplos o escenarios. Dicho de otro modo, en el caso de un inversor no profesional, como eran los recurrentes (una cosa es que se haya concluido que hubieran tenido alguna experiencia previa en productos de riesgo, a los efectos de negar la excusabilidad del error, y otra muy distinta atribuirles la condición de inversor profesional), no basta con que la información aparezca en las cláusulas del contrato, y por lo tanto con la mera lectura del documento. Es preciso que se ilustre el funcionamiento del producto complejo con ejemplos que pongan en evidencia los concretos riesgos que asume el cliente (Sentencia 689/2012, de 16 de diciembre)".

Por otro lado, como señalan las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, es la empresa de servicios de inversión la que tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios o presuponer que la tiene por la adquisición previa de

otros productos de riesgo en condiciones de información desconocidas.

En cuanto al test de conveniencia, el mismo no consta efectuado en el momento de la contratación del producto pese a que era preceptivo y respecto al test de idoneidad resulta que se aporta un test realizado a la actora un año antes el 25 de marzo de 2014 –ni siquiera es consciente el Sr. Ramis de haberlo hecho entre la abundante documentación que le pasaron a la firma en el mismo acto, y sobre todo dicho test no se refiere al producto en concreto, sino que se hizo un año antes a propósito del contrato de asesoramiento en materia de inversiones (servicio de Banca Privada, documento nº 2 de la contestación) por lo que el mismo carece de relevancia a los efectos de valorar si el producto en concreto era idóneo para los actores, primero porque en un lapso de tiempo tan dilatado su situación económica y sus objetivos de inversión podían haber variado significativamente, y en segundo lugar porque se trata de un documento de carácter general que no entra a valorar la información concreta necesaria para la adquisición de los bonos objeto de este pleito; además el Sr. Ramis fue contundente en su declaración, señalando que firmó multitud de papeles, todo lo que le pusieron delante, que no entiende las preguntas del test, que confiaba en el personal del banco y que no era consciente de haber suscrito o respondido ningún test. En suma, dicho test de idoneidad es ineficiente ya que todo indica que se cumplimentó como un mero trámite o formulario rellenado de forma mecánica, por lo que no cumple ni los requisitos ni las especificaciones de la normativa vigente, ni la función que tiene encomendada, y menos puede servir de base a la adquisición en concreto del producto en cuestión, dicho de otro modo, ni es útil, ni acorde a la normativa, ni se realizó para comprobar en concreto la idoneidad de la contratación de los bonos Abengoa atendido el perfil de la mercantil actora.

Por lo que se refiere al folleto explicativo del producto resulta que el mismo estaba redactado en inglés y tenía una notable extensión (más de 400 páginas, documentos nº 6 a 11 de la demanda), sin que conste que efectivamente fuera entregado a la entidad actora, lo que correspondía en todo caso acreditar a la demandada. Y además se desconoce cuál fue exactamente la información verbal que fue ofrecida al administrador de la actora respecto a las características y riesgos del producto, ni su extensión o exhaustividad, por lo que no es posible valorar si fue adecuada o no. Y aunque lo fuera, por sí sola sería insuficiente.

Por tanto, de lo expuesto cabe concluir que dado el perfil minorista de la parte actora el banco tenía que asegurarse de que comprendía la naturaleza de los bonos y los riesgos

asociados, atendido su carácter complejo y de alto riesgo, ya que la entidad realizaba una función de asesoramiento financiero. Sin embargo, la parte demandada no ha probado que la parte actora fuese conocedora del riesgo del producto puesto que ninguna prueba se practicó respecto a cómo se informó a los actores sobre las características del producto, y la parte demandada tampoco ha probado que se hubiese cumplido debidamente la obligación de obtener información del cliente sobre la conveniencia del producto, su situación financiera y sus objetivos de inversión, sin que se hayan aportado los test de conveniencia e idoneidad previos a la contratación del producto, lo que incumbía a la demandada. No consta que la entidad bancaria facilitase información previa clara y comprensible sobre el contenido del contrato y de los riesgos asociados al mismo, ni se ha probado que se expusiesen de forma razonablemente justificada las explicaciones necesarias para asegurarse que el cliente comprendía la naturaleza y riesgos de los productos a contratar. Esto evidencia que la representación que la parte actora podía hacerse del producto contratado no se adecuaba a la realidad de los mismos y no se ha justificado que el producto fuese el más adecuado a la finalidad perseguida por el cliente, ni consta que se realizasen simulaciones de escenarios negativos.

Como afirma la sentencia 515/2018, de 20 de septiembre: *"No consta que se informara al cliente sobre la naturaleza, características y riesgos del producto; ni puede considerarse que las órdenes de compra fueran suficientes a los efectos de dar cumplimiento a las obligaciones legales de información previstas en el art. 79 bis LMV y en el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión. Tampoco consta que se hiciera un estudio previo del perfil inversor del cliente, o que se considerase si la inversión en obligaciones subordinadas era adecuada a dicho perfil"*.

También alude la entidad demandada en su escrito de interposición del recurso a la ausencia de queja o reclamación sobre el producto contratado, sin embargo ello no convalida el error padecido ni implica una actitud concluyente como para interpretar una renuncia tácita a la acción de nulidad, ni implica una actuación incoherente o contraria a la buena fe o una vulneración del principio que prohíbe ir en contra de los propios actos. En este sentido como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2016 *"como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser*

considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tacita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria."

De conformidad con lo expuesto, debe declararse probado que la demandada incumplió sus obligaciones de información respecto a la contratación de los bonos y por ello procede examinar a continuación si dicha deficiencia en la información determinó error en el consentimiento de la parte actora y si este resulta excusable.

IV.-) Información deficiente y error como vicio del consentimiento. Nulidad del contrato.- Para que proceda la declaración de nulidad de un contrato por error en el consentimiento se requiere que: 1) Exista error en el consentimiento; 2) que el error sea esencial; y 3) que el error sea excusable.

La jurisprudencia declara que existe error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, debiendo recaer el error sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubiesen dado motivo a celebrar el contrato. Asimismo, el error debe ser esencial al proyectarse sobre la causa principal de la celebración del contrato y ha de ser excusable.

El error sustancial en relación con el consentimiento otorgado en la suscripción de los bonos debe recaer sobre el objeto del contrato, y por ello la información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, siendo lo que vicia el consentimiento por error la falta de conocimiento del producto y sus riesgos pero no el incumplimiento *per se* del deber de información, sino las consecuencias que de la falta de información se derivan en la prestación del consentimiento.

Asimismo la ausencia de los test de conveniencia e idoneidad o de alguno de ellos, no determina por si misma la existencia de error en el consentimiento pero permite presumirlo, por cuanto su ausencia conlleva presumir la falta de conocimiento del cliente respecto al producto contratado y sus riesgos. El incumplimiento del deber de información por la entidad financiera incurre directamente en el requisito de excusabilidad del error, puesto que el conocimiento equivocado sobre los riesgos concretos asociados al producto financiero complejo contratado le es excusable al cliente.

En el presente supuesto el incumplimiento de la demandada de su deber de informar previamente a la suscripción de los bonos conforme a la normativa le exigía, de su naturaleza y los riesgos asociados a los mismos, y de evaluar debidamente si en atención a la situación financiera del cliente y al objetivo de inversión el producto era el adecuado, comporta que no se haya acreditado que en el momento de la contratación el cliente tenía un conocimiento suficiente del producto y de sus riesgos, por lo que incurrió en error respecto al producto contratado. Dicho error recae sobre los riesgos concretos asociados con la contratación de los bonos y el desconocimiento de dichos riesgos afecta a la causa principal de la contratación. Así, el desconocimiento de los riesgos concretos asociados al producto evidencia que la representación mental que la parte actora se hacía de lo que contrataba era equivocada, puesto que contrató un producto complejo y de alto riesgo.

Como ya se ha señalado, si partimos de los propios hechos acreditados en la instancia -estimándose correcta la valoración probatoria realizada- no puede apreciarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración de los contratos litigiosos.

Es evidente que los demandantes carecían de conocimientos financieros, su perfil estaban muy alejado del propio de un inversor experto y no existe ni un solo documento en autos que acredite el asesoramiento e información que supuestamente recibieron –o debieron recibir- de la entidad financiera en relación con el concreto producto, entidad a la que incumbe la prueba de acreditar dicha información según reiterada jurisprudencia. Antes al contrario el único documento de que se dispone es la orden de compra de los bonos, extraordinariamente lacónica e insuficiente en cuanto al cumplimiento de los deberes legales de información que se derivan de las normas analizadas. Por otro lado de la declaración del Sr. Ramis y del empleado del banco Sr. Monzón se evidencia que la actora, a través de sus administradores, siempre actuó bajo las indicaciones y siguiendo las recomendaciones de los empleados de la entidad, creyendo que adquiriría productos seguros con riesgo bajo o nulo, sin que el hecho de haber adquirido anteriormente otros productos financieros complejos sea relevante a tal efecto como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia según lo ya expuesto, máxime cuando se desconoce el grado de información que recibieron al adquirirlos ni si eran conscientes del riesgo que comportaban, o por el contrario también fueron adquiridos bajo una deficiente información.

La entidad recurrente prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero, lo que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos, cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio del consentimiento, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

A su vez, como ha señalado la jurisprudencia reiteradamente, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error no le es excusable al cliente.

Por tanto, la falta de información previa sobre el producto contratado que impidió a la mercantil actora conocer las características del mismo, comporta la nulidad del contrato ante la existencia de error como vicio del consentimiento (art. 1262, 1265 y 1266 CC), error que es esencial al recaer sobre las condiciones configuradoras del contrato, esto es, su naturaleza, sus consecuencias económicas y los riesgos asociados al mismo; y que es excusable por cuanto no puede ser imputado a los actores por falta de diligencia, sino a la falta de información precontractual de la entidad bancaria que no informó debidamente del riesgo y sus consecuencias, ni de si el producto era el idóneo para la finalidad pretendida, ni se aseguró de que el cliente comprendía el producto que estaba contratando.

No puede admitirse que la parte actora no empleara la diligencia debida, puesto que la firma de la documentación se realizó indiscriminadamente y sin haber sido debidamente informada la mercantil actora de las características del producto, por lo que desconocían que se trataba de un producto complejo y de alto riesgo, así como ignoraban que el mismo podía no ser idóneo a la finalidad que pretendían con su contratación, esto es, invertir sus ahorros de forma relativamente segura y con buena rentabilidad.

Por ello, debe concluirse que la suscripción de los bonos resulta nula por falta de consentimiento, al invalidar el error padecido por la parte actora el consentimiento prestado, y por ende procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia apelada.

TERCERO.- Recurso interpuesto por ELECTROCLIMA LEVANTE S.L. En relación con el recurso interpuesto por la mercantil actora, que se centra en las consecuencias de la declaración de nulidad del contrato de adquisición de bonos Abengoa, al no haber aplicado la sentencia correctamente los intereses a que se refiere el art. 1303 Cc, a su juicio, cabe ya adelantar desde este momento que dicha impugnación debe ser acogida, si bien cabe precisar que podría haberse evitado de haber acudido la parte actora a la figura del complemento de sentencia del art. 215 LEC dado que la omisión del fallo perfectamente puede integrarse con los fundamentos jurídicos, en este caso con la referencia al art. 1303 Cc que contienen los razonamientos jurídicos de la sentencia.

En todo caso, entrando a analizar el recurso, es claro que la nulidad produce efectos *ex tunc*, puesto que conlleva que deban eliminarse los efectos del contrato como si el mismo nunca hubiese existido, sin que pueda ser confirmado ni siquiera tácitamente, con la consiguiente obligación de las partes de restituirse recíprocamente lo percibido. Por ello conforme a lo dispuesto en el art. 1303 CC las partes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, volviendo así a la situación original previa a la suscripción de los contratos declarados nulos. Así, ambas partes deben abonar los intereses desde el momento en que cada una de ellas percibió cantidades a cargo de la otra.

Dichos intereses deben ser los legales sin que la aplicación de los mismos pueda ser moderada, u obviada al ser consecuencia de lo dispuesto en el art. 1108 CC que establece que en defecto de pacto regirá la aplicación del interés legal. Además dicha obligación de restitución con los intereses legales opera tanto respecto de la parte demandada como respecto de la parte actora en relación con los rendimientos obtenidos con los bonos.

Como señala la STS nº 561/2017 de 16 de octubre: *“Esta sala se ha pronunciado sobre los efectos de la restitución en el ámbito de la nulidad de los contratos de compra de participaciones preferentes, en la línea de la doctrina jurisprudencial sobre los efectos de la nulidad contractual que establece el art. 1303 CC y es a esta jurisprudencia a la que debe*

estarse para apreciar la existencia de interés casacional”.

2. Establece el art. 1303 CC que: *«Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes».*

A efectos de resolver el presente recurso conviene clarificar lo que son los pilares básicos en materia de restitución derivada de la nulidad contractual en el art. 1303 CC , plenamente aplicables a la nulidad de los contratos de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas:

A) La nulidad produce efectos retroactivos como si el contrato no se hubiera celebrado nunca y, puesto que lo entregado en cumplimiento de un contrato nulo o anulado carece de causa, la ley ordena la restitución recíproca de lo entregado por cada una de las partes.

B) La obligación legal de restituir que impone el art. 1303 CC se dirige a reponer la situación anterior a la celebración del contrato nulo, por lo que las partes deben restituirse lo recibido (las cosas que hubiesen sido materia del contrato y el precio) con sus rendimientos (los frutos de las cosas, los intereses del dinero).

C) La restitución es recíproca y las partes deben restituirse las cosas que hubieran sido objeto del contrato: de una parte, el cliente puede exigir la devolución del capital invertido y a cambio debe restituir los títulos (las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas que fueron objeto del contrato o, en su caso, las acciones derivadas del canje obligatorio acordado por la comisión rectora del FROB).

D) El incremento del capital invertido por la suma de los intereses se explica porque el paso del tiempo desde que se entregó ha supuesto una pérdida de valor para quien pagó. Por ello los intereses deben calcularse desde el momento en que se hizo el pago que se restituye, es decir, desde que el cliente hizo la entrega del dinero.

La situación no es equiparable al pago de intereses de demora que procede en caso de

incumplimiento de la obligación de entrega de una cantidad de dinero, que tienen un carácter indemnizatorio y se deben desde que se reclaman (art. 1108 CC).

Así lo dijimos en la sentencia 270/2017, de 4 de mayo , aplicando a un caso de nulidad de la orden de suscripción por canje de unas participaciones preferentes al apreciar error del ordenante, la doctrina fijada en la sentencia 910/1996, de 12 de noviembre y reiterada en sentencia 81/2003, de 11 de febrero .

E) Declarada la nulidad del contrato, carecen igualmente de causa los abonos de rendimientos efectuados por la entidad al cliente. En consecuencia, por aplicación de las reglas anteriores, el cliente debe restituirlos y debe abonar también los intereses legales sobre dichos rendimientos desde cada una de las liquidaciones.

Si la pérdida de valor por el paso del tiempo es la razón que justifica que el capital invertido deba incrementarse con los intereses legales desde el momento en que se entregó el dinero a la entidad, la misma razón juega para concluir que la entidad puede recuperar los rendimientos abonados al cliente incrementados por los intereses legales desde el momento que los percibió. No se trata de que el cliente pague interés del interés vencido (que, en tal caso, se debería desde que fuera reclamado, cfr. art. 1109 CC) sino de que los abonos efectuados por el banco carecen de causa y, dada la eficacia «ex tunc» de la nulidad, la restitución es debida por el cliente desde que los percibió.

Así lo dijimos en la sentencia 716/2016, de 30 de noviembre, que declaró la obligación de los demandantes que instaron la nulidad de unos contratos de adquisición de preferentes a restituir a la entidad financiera las cantidades percibidas como rendimientos con el interés legal generado desde su cobro.

F) Las obligaciones de restitución recíproca de ambas partes, una vez calculadas conforme a las reglas precedentes, se compensan hasta la cantidad concurrente”.

Por tanto, la condena a la parte demandada a devolver a los actores el capital invertido que asciende a 158.437,50 €, debe complementarse con los intereses legales devengados desde la fecha de la inversión, suma de la que deben deducirse los rendimientos obtenidos por los actores, incrementados con los intereses legales percibidos por estos desde su percepción.

CUARTO.- Costas procesales.- Dada la desestimación del recurso interpuesto por la parte demandada, procede expresa imposición de las costas causadas en esta alzada; en cuanto al recurso interpuesto por la parte actora, que se estima parcialmente, no ha lugar a efectuar expresa imposición de las costas causadas; en cuanto a las costas procesales de primera instancia se mantiene el pronunciamiento de la de la sentencia impugnada (arts. 34 y 398 LEC).

LA SALA ACUERDA:

A) DESESTIMAR el recurso de apelación planteado por la representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. contra la sentencia de fecha 30 de enero de 2019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Valencia, con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta alzada.

B) ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de ELECTROCLIMA LEVANTE S.L. contra la referida sentencia revocando la misma exclusivamente en el pronunciamiento relativo a los intereses de modo que la suma a restituir por la entidad demandada a que se refiere el fallo, ascendente a 158.437,50 €, devengará intereses legales desde la inversión, suma de la que a su vez se deducirán los rendimientos percibidos por la mercantil actora, incrementados con los intereses legales desde la percepción de los mismos, manteniendo el resto de los pronunciamientos del fallo, y todo ello sin expresa imposición de las costas procesales causadas con el presente recurso.

Dése al depósito constituido para recurrir el destino legal (DA 15ª LO 1/2009).

Cumplidas que sean las diligencias de rigor, con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen, para su conocimiento y efectos, debiendo acusar recibo.

Contra la presente no cabe recurso alguno, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 477.2.3ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su caso, se habrá de interponer mediante escrito presentado ante esta Sala dentro de los veinte días siguientes a su notificación.

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