



JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 17
ZARAGOZA

SENTENCIA: 00135/2014
JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N° 17
ZARAGOZA
ORD 361/14-Z

SENTENCIA N°135/14

En Zaragoza, a diecinueve de septiembre de dos mil catorce.

Vistos por mí, JOSÉ JULIAN NIETO AVELLANED, Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia n° 17 de Zaragoza, los presentes autos de Juicio Ordinario registrados con el número 361/2014-Z, entre:

DEMANDANTES.- MANUEL **y MANUELA**
..., representados el Procurador de los Tribunales Sr. Charlez Landivar y defendidos por el Letrado Sr. García Graells.

DEMANDADA.- BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (BBVA), representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Lozano Vélez de Mendizábal y defendida por la Letrada Sra. Sainz-Rozas Hernández.

MATERIA.- Acciones acumuladas de nulidad de compra de aportaciones financieras subordinadas y subsidiaria de incumplimiento contractual.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 16 de abril de 2014 fue turnada a este Juzgado demanda de Juicio Ordinario, en la que tras alegar los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, solicitaba que se dictara sentencia por la que estimando la demanda acuerde:

- a) Declarar a BBVA responsable del vicio/error en el consentimiento del demandante para la adquisición de las aportaciones financieras subordinadas de Eroski, declarándose que BBVA ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligenci, lealtad e información como comisionista prestador de servicios de inversión, declarando la nulidad radical de la orden de compra de las AFSE con código ISIN n° ES0231429038 por importe de 180.000 euros de fecha 22 de junio de 2007, condenando a la entidad a la adquisición de los títulos y a la devolución al demandante del nominal de las



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

inversiones por un total de 180.000 euros, más los intereses legales desde la fecha de las suscripciones e incrementado e dos puntos desde la fecha de la sentencia hasta el completo pago, más las costas judiciales.

- b) Subsidiariamente a lo anterior, se declare que BBVA ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información como comisionista prestador de servicios de inversión y depositario de valores, infringiendo la buena fe contractual así como la normativa del mercado de valores de aplicación, y se condene a BBVA a indemnizar al demandante por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del negligente actuar, que se corresponden con la pérdida del valor de los productos según valor de mercado actual, equivalente a la suma de 113.000 euros, o la que correspondiere según su valor en ejecución de sentencia, más los intereses legales desde la fecha de suscripción, e incrementada en dos puntos desde la sentencia hasta el completo pago.
- c) Se condene en ambos casos al pago de las costas al BBVA.

SEGUNDO.- La demanda fue admitida a trámite por Decreto de 22 de abril de 2014, en el que se ordenó dar traslado de la misma a la demandada para su contestación.

La demandada contestó a la demanda por escrito de 21 de mayo de 2014 conforme a los hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron, solicitando al juzgado que se dictara sentencia por la que:

- I. Se estime la excepción de falta de legitimación pasiva con los efectos previstos en la Ley de Enjuiciamiento civil, acordando el sobreseimiento del proceso sin entrar a conocer del fondo.
- II. Subsidiariamente, si no se adoptara resolución en la audiencia previa en cuanto a la excepción de falta de legitimación pasiva por estimarse que se acordará en sentencia, se estime la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, con los efectos previstos en el artículo 420 de la Ley de Enjuiciamiento civil.
- III. Subsidiariamente, se declare caducada la acción interrumpida de contrario, acordando el sobreseimiento y archivo del procedimiento.
- IV. Subsidiariamente respecto a los tres anteriores desestime íntegramente la demanda y se absuelva a la demandada de la totalidad de los pedimentos de la misma.
- V. Todo ello, con cuanto demás proceda en Derecho y con expresa condena en costas a la parte actora.

TERCERO.- Por diligencia de 23 de mayo de 2014 se tuvo por contestada la demanda y se señaló para celebrar la audiencia previa el día 4 de junio de 2014, luego cancelada y señalada



nuevamente para el día 16 de junio de 2014, a las 9,30 horas de su mañana.

El día y hora señalados, concurrieron las partes debidamente representadas y asistidas, y persistiendo el litigio entre las mismas, sin que fuera posible alcanzar acuerdo alguno, continuó el acto para sus restantes finalidades, y tras rechazarse la excepción procesal de falta del debido de litisconsorcio pasivo necesario denunciado por la parte demandada, y admitir el demandante que a la petición de reembolso de la cantidad debieran detraerse los intereses ya percibidos por la parte actora, se abrió la fase probatoria, proponiéndose por la parte actora prueba documental, testifical y pericial, y por la demandada prueba documental, interrogatorio de los demandantes, testifical y pericial, admitiéndose la propuesta por ambas partes según es de ver en el soporte audiovisual, y en el mismo acto se convocó a las partes para la celebración del juicio el día 15 de septiembre de 2014, a las 9,30 horas de su mañana.

CUARTO.- El día y hora señalados se celebró el acto del juicio, en el que se procedió a la práctica de las pruebas solicitadas y admitidas formulando seguidamente las partes sus conclusiones, todo según resulta del soporte audiovisual, y finalmente el pleito quedó visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los demandantes ejercitan acción de nulidad de la orden de compra de las aportaciones financieras subordinadas Eroski que en cuantía de 180.000 euros fue suscrita el día 22 de junio de 2007 con la entidad demandada, que las comercializaba, por vicio/error en el consentimiento al no haber recibido los demandantes información clara, precisa, adecuada y comprensible del producto financiero que se adquiriría. Piden por ello la condena de la demandada a que adquiriera tales productos y se devuelvan los 180.000 euros que pagaron. Añadiéndose en el acto de la audiencia previa que sería procedente la devolución de los cupones-intereses hasta entonces percibidos, a cuyo diferencial debía abonarse el interés legal, más el resultante del artículo 576 de la Ley procesal civil.

Subsidiariamente, se ejercita acción de responsabilidad contractual, derivada del incumplimiento por parte de la demandada de sus deberes de diligencia, lealtad e información como comisionista prestador de servicios de inversión y depósito de valores, interesando una indemnización de una cuantía coincidente con la pérdida del valor del producto adquirido y que cifra en la suma de 113.000 euros.

La demandada se opone a la demanda. Denuncia su falta de legitimación para soportar la acción entablada ya que no era sino una mera intermediaria o comercializadora de tales instrumentos y aboga por la legitimación de la emisora de tal producto, Eroski, denunciando, de forma subsidiaria, una defectuosa constitución de la relación jurídica procesal por su falta de cualidad de parte en el proceso, excepción esta



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

última que fue desestimada en el acto de la audiencia previa por las razones que entonces se expusieron y que se dan ahora por reproducidas. De forma subsidiaria, se alega la caducidad de la acción de anulabilidad que se ejercita, y, por último, se arguye que de tal producto fue perfectamente informado el demandante Manuel Martínez, que era adecuado a su perfil como inversor, que se califica de experto o avezado merced a sus inversiones anteriores en otras participaciones preferentes, acciones, planes de pensiones, fondos de inversión y depósitos a plazo, cuyas características esenciales conoció, abogando así por la plena validez del contrato, que respondió precisamente a sus necesidades y deseos de inversión con una alta rentabilidad.

SEGUNDO.- Consta en el documento nº 17 de la demanda la orden de compraventa de valores de 22 de junio de 2007 por el que se mandata a la demandada para que adquiriera las aportaciones financieras subordinadas litigiosas. Es pues éste el negocio jurídico principal cuya nulidad se impetra, y se firma entre los aquí litigantes, sin que la emisora, Eroski, hubiera tenido intervención o relación contractual alguna con los demandantes, lo que en su momento determinó y justificó la denegación de la excepción procesal de falta del debido litisconsorcio pasivo necesario.

La orden de valores en cuestión se suscribió por tanto entre los demandantes y BBVA, que actuaba, a su vez, según se trasluce de las alegaciones de las partes y del folleto de la emisión y su resumen (documentos 19 de la demanda y 8 de la contestación), en tanto que colocadora, como mandataria de Eroski en virtud de un contrato de comisión mercantil, regulado en los artículos 244 y siguientes del Código de comercio, pues el mandato tenía por objeto una operación de comercio, la venta de unos títulos, y tanto el comitente como el comisionista son comerciantes. La entidad demandada firmó el documento y en él figura su anagrama, sin especificar o aclarar que lo hacía en nombre de nadie, por lo que conforme al artículo 246 y concordantes del Código de comercio quedó obligada directamente con los demandantes como si el negocio fuera suyo, sin que éstos tengan acción contra los comitentes y viceversa. Quedó pues BBVA obligado directamente para con los actores en virtud de tal orden de compra de valores, estando así legitimada para soportar las acciones que de dicho contrato se deriven, y sin perjuicio de las que competan a comitente y comisionista entre sí.

Por lo que la excepción de falta de legitimación pasiva esgrimida se rechaza.

TERCERO.- Se analiza ahora la caducidad alegada. El contrato litigioso es un contrato de mandato de compra de valores que fue suscrito en junio de 2007, documento nº 17 de la demanda. Se trata pues de un negocio jurídico de mediación por el que la demandada se obliga a adquirir en el mercado primario (de emisión) los instrumentos subordinados.

El artículo 1301 del Código civil señala que la acción de nulidad sólo durará cuatro años; y este tiempo empezará a correr, en los casos de error o dolo o falsedad de la causa desde la consumación del contrato. Que se trata de un plazo de



caducidad, pese a algún criterio dispar pronunciado sobre todo en materia de contratos celebrados por menores e incapaces, es algo que se deriva no sólo de la literalidad del precepto, sino que lo ha afirmado la jurisprudencia en sentencias, entre otras, de 4 de octubre de 2006 y las que en ella se citan, 5 de octubre de 2007 o de 30 de mayo de 2008 y 5 y 6 de noviembre de 2013, todas ellas del Tribunal Supremo.

Caducidad significa a estos efectos que no es posible la interrupción del plazo marcado por la ley para ejercitar la acción, como sí ocurre con la figura de la prescripción. Caducidad que también a estos efectos sólo se aplica a los supuestos de anulabilidad y no de nulidad de pleno derecho. Y la nulidad absoluta o de pleno derecho de un contrato tiene lugar cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1261 del Código civil, equivalente a inexistencia del contrato, por no existir consentimiento, objeto o causa. La característica de esta clase de nulidad radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad, y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o de prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente, ya que se trata de una acción imprescriptible.

En el presente caso, se denuncia la existencia un error en el consentimiento, por existir un equivocado conocimiento de la realidad fáctica que fue distorsionado intencionadamente por la demandada para propiciar la prestación de un consentimiento nulo todo ello merced a una información incompleta y defectuosa si no a una actuación dolosa de la demandada, supuestos que se configuran como de anulabilidad pese a que la parte actora hable de nulidad radical. Dice el artículo 1266 del Código civil que "para que el error invalide el consentimiento debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo". La doctrina ha venido sosteniendo que el error consiste en una representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que de otra forma no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones.

Por consiguiente, como afirma la parte demandada, la acción principal es la de anulabilidad, y no la de nulidad absoluta porque existe consentimiento, bien que viciado, y susceptible de anulación, no se produce "ipso iure", pues debe ejercitarse por medio de acción en demanda principal o a través de reconvencción (sentencia de 21 de mayo de 1997).

La parte actora señaló en fase de conclusiones que aunque fuera así, el contrato no estaría consumado desde el momento en que las prestaciones a que se obligó el Banco no se habrían cumplido en su totalidad. La orden de compra, sin embargo, es de tracto único, y no sucesivo, pues la demandada recibe la orden de compra del cliente y se limita a adquirir para el mismo las "participaciones" que emite un tercero, de modo que el contrato se consuma cuando dada la orden de compra por el cliente el Banco la materializa y cobra su comisión. Las posibles actuaciones ulteriores, como el depósito, que será



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



meramente contable, de los instrumentos y las comunicaciones de se puedan dar de forma periódica sobre la evolución de los mismos, con una cuenta de valores asociada, no implican como tal una prestación de este tipo de contrato sino las prestaciones derivadas de los servicios bancarios de prestación habitual al cliente, siendo meramente instrumentales y sin trascendencia (sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 1 de abril de 2014, o de 31 de enero y 10 de mayo de 2013 de la Audiencia Provincial de Zaragoza).

Así las cosas, en la medida en que la acción judicial se ejercita casi siete años después de la consumación del contrato, abril de 2014, resulta procedente tener por caducada tal acción y, por ende, procediendo la desestimación de la pretensión principal deducida.

CUARTO.- Se examina ahora el alegado incumplimiento contractual de la demandada, tributario, según la demanda, de la pretensión indemnizatoria que se concreta en la pérdida del valor del producto a fecha de interposición de la demanda.

Tanto la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección V, en sentencia, por ejemplo de 27 de febrero de 2014, como el Tribunal Supremo, en sentencia, por ejemplo, de 18 de abril de 2013, indican que una deficiente información precontractual, importantísima en este ámbito de contratación, puede suponer una negligencia determinante de indemnización de daños y perjuicios conforme al artículo 1101 del Código civil. Así, dice la primera, la infracción de las obligaciones precontractuales impidió el debido cumplimiento del contrato, en cuanto se contrató cosa distinta de la que se quería contratar lo que produjo el daño reclamado.

Este deber de información, importantísimo, estaba ya presente en la Ley 24/1988 de 28 de julio del mercado de valores, vigente en el momento de contratación, con anterioridad a su reforma por ley 47/2007 de 19 de diciembre (que incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la normativa MIFID). En tal normativa se exige a todas cuantas personas o entidades ejerzan de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores, con expresa mención a las entidades de crédito, una serie de normas de conducta, tales como las de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. Es esencial la exigencia a la entidad de obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente en el ámbito de la inversión correspondiente al tipo de producto o servicio concreto de que se trate, sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan y sin esa información la entidad debe abstenerse de recomendar la inversión al cliente.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

A su vez, el Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, actualmente derogado por el RD 217/2008 de 15 de

febrero vino a disciplinar un código general de conducta de los mercados de valores, en el que, en el apartado relativo a la información a los clientes, cabe resaltar como reglas de comportamiento a observar más destacables en atención a las connotaciones del caso examinado, que las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y atención adecuados para encontrar productos y servicios más apropiados a sus objetivos así como que la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de las operaciones que contrata, debiendo cualquier previsión o predicción estar razonablemente justificada y acompañadas de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos (ver esencialmente el artículo 64 del RD)

Es de mencionar por tanto que la tendencia del legislador ha sido, si cabe más proteccionista de la clientela, y más exigente respecto a la obligación de información de las entidades financieras como ha demostrado esta última modificación, obligada por otro lado por la Directiva Europea, en su artículo 31, 2006/73.

Y es que, como se lee en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, dictada por el Pleno de la Sala Civil, ya señala que "ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional", de modo que la complejidad de tales productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Deberes de información y asesoramiento que estaban ya claramente presentes con anterioridad a la reforma de la Ley de Mercado de Valores operada en 2007. Se imponen, dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección IV, de 1 de junio de 2012, específicos deberes de la entidad en orden a la tutela de los intereses del inversor. Dicho de otra manera, no se conforma el legislador con establecer severas prescripciones para garantizar que al inversor se represente adecuadamente las características y riesgos del producto, sino que va a exigir que la propia entidad tutele los intereses del inversor, que los debe tratar como si fueran propios.

Es tal la exacerbación del deber de información en la legislación de mercado de valores, tiene dicho la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección IV, en sentencias, por ejemplo, de 29 de junio y 20 de julio de 2012, seguidas por la de 29 de mayo de 2013, que puede afirmarse que tal comportamiento precontractual por la parte que ocupa una posición preeminente en el mercado, la entidad financiera, no es un mero deber de actividad sino de resultado, esto es que la entidad debe asegurarse de que el inversor ha comprendido



el alcance y la posición de riesgos que asume con el producto. Posicionamiento en la legislación sectorial que tiene una inmediata trascendencia en la doctrina sobre la inexcusabilidad del error, que queda así muy matizada por no decir que anulada".

QUINTO.- Descendiendo al caso concreto que se enjuicia, puede concluirse que, como se afirma en la demanda, los demandantes no recibieron información sencilla, clara, comprensible y adecuada a su perfil inversor y por ello se produjo el incumplimiento contractual denunciado.

Al respecto, no parece preciso recordar que el producto financiero era de considerable complejidad y de alto riesgo, y su rendimiento tampoco era de significativo alcance (6,75% el primer año y el euribor más 2,5% los siguientes ejercicios). Su carácter perpetuo, sin vencimiento concreto, su escasa liquidez (sólo enajenable en el mercado secundario), la opción de cancelación anticipada mediante amortización una vez transcurridos cinco años, su carácter ultrasubordinado como recurso propio que era, en el último estadio tras los acreedores comunes, su régimen jurídico peculiar y regulado en la Ley de Cooperativas de Euskadi, la vinculación del pago del cupón a la remuneración de cooperativistas, son las características y riesgos básicos del producto.

Y consta aportado en fase probatoria un test de conveniencia efectuado por la demandada a los actores en noviembre y diciembre de 2011, en el que se dice que las participaciones preferentes (que es de muy similar naturaleza al aquí litigioso) no constituyen un producto conveniente para los actores, y no son convenientes, añade el documento, "cuando, con base en la información facilitada..., el cliente carece de los conocimientos y experiencia necesarios para comprender la naturaleza y los riesgos de los productos objeto de evaluación".

Es pues el propio Banco el que señala que los actores, cuatro años después de la adquisición del producto, por mor de su falta de conocimientos y experiencia, no podían comprender siquiera la naturaleza de un producto como las aportaciones financieras subordinadas.

Por ello, resulta estéril la polémica sobre el perfil de los demandantes, cuya cartera de valores, consistente en planes de pensiones, acciones, fondos de inversión y depósitos (además de unas preferentes del propio BBVA, canjeadas, y que justificaron el anterior test de conveniencia), no justifica la experiencia y el conocimiento financiero que le atribuye la parte actora. Como tampoco lo motiva que haya administrado con éxito una empresa de camiones que ha facturado casi tres millones de euros, pues el interrogatorio del demandante no puso de manifiesto en absoluto una especial capacidad del actor para llevar a cabo inversiones. También es intrascendente para el litigio si era o no suficiente la información que contiene la propia orden de compra del documento nº 17 de la demanda, críptico donde haya, o el tríptico informativo que se aporta como documento nº 7 de la contestación, que no



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

relaciona los riesgos del producto y sí sus ventajas, o el resumen del folleto del documento nº 8 (más completo), pues, como se dijo, y concluyó el propio Banco con los test de 2011, los demandantes no estaban capacitados para comprender el producto.

Como dice el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de abril de 2013 (que condenó al Banco aquí demandado por la suscripción de unas participaciones preferentes siendo demandante un empresario que, incluso, contaba con asesor fiscal y financiero externo), y aún cuando se aceptara la tesis de la demandada, avalada por el testigo entonces director de la oficina, de que fue el actor quien se interesó por este producto, "lo relevante es que ese plus de buena fe y diligencia a observar por la empresa que actúa en el mercado de valores exige que ésta ponga de manifiesto al cliente la incoherencia existente entre el perfil de riesgo... y los productos de inversión aceptados por el cliente y de este modo asegurarse que la información facilitada al cliente es clara y ha sido entendida".

Se ha de concluir, por tanto, que todo este cúmulo de desinformación se traduce en la existencia de un incumplimiento de contrato generador de la indemnización de daños y perjuicios y que, conforme a lo alegado y probado a través de los informes periciales de una y otra parte, que cifran en un 65% aproximado de pérdida patrimonial del activo financiero en el momento de interposición de la demanda (página 132 del informe de Prosper Lamothe y 22 del dictamen de Attest Servicios Empresariales, S.L.), debe cuantificarse en la suma de 113.000 euros que se reclaman, a lo que se agregan los intereses legales de dicha suma desde la fecha de interpelación judicial, que es cuando se constituye en mora la deudora, y no desde la fecha de suscripción de los productos que pide la parte actora, conforme a los artículos 1100, 1101 y 1108 del Código civil.

SEXTO.- Con imposición de costas a la demandada conforme al principio de vencimiento que proclama el artículo 394 de la Ley procesal civil, aplicable también a los supuestos de estimación de una petición subsidiaria (sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2005 y 14 de septiembre de 2007).

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Estimo la demanda interpuesta por Manuel y Manuela frente a BBVA, S.A. y con declaración del incumplimiento contractual de la demandada por defectuosa información en la compra de aportaciones financieras subordinadas de Eroski condeno a la demandada a que indemnice y pague a los actores la cantidad de CIENTO TRECE MIL EUROS CENTIMOS (113.000 euros), más el interés legal de dicha suma



desde la fecha de interpelación judicial, y con imposición de costas a la demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes previniéndoles que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado para la Audiencia Provincial en el plazo de veinte días, previa constitución de depósito de 50 euros, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado en Banesto, indicando nº de procedimiento, así como el código 02, tipo de recurso y fecha de resolución recurrida.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior resolución por el Juez que la suscribe estando celebrando audiencia en el día de la fecha. Doy fe.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN