JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE BILBAO (VIZCAYA).

Barroeta Aldamar, 10, planta 3ª.
CP 48001
Tfno: 94 401 66 87.
Fax: 94 401 69 73.

SENTENCIA Nº 20/2014

En Bilbao, a 27 de enero de 2.014.

Procedimiento: J. Ordinario 966/12.
Demandantes: ADICAE (Asociación de Usuarios de Bancos y Cajas de Ahorro de España) y **71 adquirentes de AFSE** (los incluidos en la certificación de la Sra. Secretaria, que formará parte integrante de esta sentencia).
Procurador/a Sr/Sra: Belén María Campano Muro.
Letrado/a Sr./a: Susana Barbero.
Demandado/a/s: EROSKI, S.COOP; y BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.
Procurador/a Sr/a.: Idoia Malpartida (Eroski), Germán Apalategui (BBVA)
Letrado/a Sr./a.: Antonio Puerta Morales (Eroski); José Massaguer (BBVA).
Sobre: APORTACIONES FINANCIERAS SUBORDINADAS DE EROSKI (AFSE). NULIDAD POR VICIO DEL CONSENTIMIENTO. CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN ABUSIVAS. PUBLICIDAD ILÍCITA.

Vistos por mí, MARCOS BERMÚDEZ AVILA, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 Bilbao, los presentes autos.

ANTECEDENTES PROCESALES

I. LA DEMANDA. ADICAE y (71) particulares que adquirieron "aportaciones financieras subordinadas de EROSKI" (emisiones del 2004 y 2007), presentan una reclamación judicial demandando acumuladamente lo siguiente: **A. Pretensiones contra BBVA: (1) Los adquirentes de las AFSE ejercitan contra la entidad financiera comercializadora del producto acciones individuales de nulidad contractual, por vicio del consentimiento**, y subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios. Piden que se declare la nulidad de los contratos celebrados para la compra de las AFSE entre los actores y el BBVA (el de compraventa y el de depósito y/o administración de valores) y que como consecuencia de dicha nulidad. Alegan, en síntesis, lo siguiente: i) falta de consentimiento (art. 1261 CC): "*la parte actora no ha consentido con su firma la contratación del producto*". Y (ii) el consentimiento viciado por error (art. 1265 y 1266 CC): en todos los casos se trata de consumidores sin formación ni experiencia financiera a los que el *BBVA no les dio la información suficiente sobre el producto que adquirían*", que "*pensaban que el dinero iba destinado a un simple plazo fijo o libreta de ahorro*". Solicitan que se condene a BBVA a reintegrarles el importe de la inversión efectuada en su día al adquirir las AFSE (subsidiariamente, indemnización de daños y perjuicios equivalente al importe invertido).

(2) ADICAE y los adquirentes de las AFSE ejercitan también, respectivamente, acciones colectiva e individuales de nulidad de condiciones generales de la contratación abusivas. Piden que se declare que las cláusulas que señalan en el hecho tercero la demanda, contenidas en los "contratos de depósito y/o administración de valores", en la "orden de compraventa de valores", en los "anexos de los contratos de valores" y en el "folleto informativo rector de la emisión" inscrito en la CNMV en junio de 2007, son condiciones generales de la contratación nulas por abusivas y por consiguiente se tengan por no incorporadas a los contratos celebrados por los actores. Que, como consecuencia de la nulidad, por abusivas, de las condiciones generales de la contratación referidas, se declaren nulos los contratos, "condenando a la entidad financiera (BBVA) a que sean reintegradas las cantidades entregadas" por cada una de las partes. (La pretensión de nulidad de las condiciones generales incluidas en el folleto informativo rector de la emisión inscrito en la CNMV deberá entenderse formulada contra EROSKI). **B.** Pretensiones ejercitadas contra **BBVA Y EROSKI: (3) ADICAE interpone la acción de cesación de publicidad ilícita.** Pide que (i) "*se ordene a las demandadas la cesación de toda comunicación publicitaria, incluida la que figure en los propios contratos financieros, que consista en utilizar para su comercialización a "clientes minoristas*"; (ii) "*publicitar las AFSE como si fuera un valor de deuda*"; y (iii) "*se prohíba a la demandada a publicitar las AFSE en la forma que se recoge en el doc. 14, por ser contraria dicha publicidad a las características del producto pudiendo inducir a engaño a los posibles adquirentes*".

II. LAS CONTESTACIONES A LA DEMANDA. Se oponen íntegramente a la estimación de las pretensiones contenidas en la demanda esgrimiendo, en síntesis, las siguientes razones: **II.A. BBVA.** Después de esgrimir una serie de excepciones procesales, opone a las pretensiones ejercitadas de contrario, en síntesis, lo siguiente: **1. En relación con la pretendida nulidad de los contratos por vicio del consentimiento:** niega la existencia de vicio en el consentimiento de los demandantes; afirma que proporcionó la información clara y precisa sobre las características del producto cumpliendo con las obligaciones que le eran legalmente exigibles cuando se contrató el producto. Sus alegaciones defensivas pueden resumirse de la siguiente forma: **(i) relación contractual existente entre EROSKI y BBVA**: BBVA es un mero intermediario a través del cual EROSKI colocaba su producto financiero en el mercando (es, por tanto, "entidad colocadora", "entidad de pagos", "entidad directora", "entidad aseguradora" y "entidad de liquidez"); **(ii) relación contractual existente entre BBVA y los suscriptores de AFSE**: dos son los contratos que les vinculan: la "orden de compra de valores" (mandato que implica el pago de una comisión por los servicios prestados) y el "contrato de depósito y administración de valores" (en virtud del cual la entidad financiera asume una función de custodia y administración); **(iii) Sobre el producto comercializado y su publicidad**: las AFSE son aportaciones financieras subordinadas, con alta rentabilidad, que no están condicionadas a la obtención de beneficios por EROSKI. De hecho, cada 31 de enero (sin falta) sus titulares han percibido cuantiosos intereses; el anunciante, en su publicidad, informa de manera clara y directa de la naturaleza, características y riesgos de las AFSE (doc. 14 de la demanda); **(iv) sobre la comercialización**: no ha sido ni masiva ni indiscriminada: fueron muchos los suscriptores que se dirigieron directamente al BBVA solicitando la suscripción del producto (socios y trabajadores asalariados de EROSKI tenían prioridad y dispondrían a buen seguro de información previa y de primera mano sobre el producto; además, fue un producto con gran aceptación entre los clientes bancarios del País Vasco; en cualquier caso, la última decisión siempre provino del cliente; **(v) sobre la información y documentación precontractual**: BBVA cumplió con las obligaciones que le venían legal y contractualmente impuestas, cerciorándose de que los suscriptores conocieran y entendieran lo que suscribían: informó de la naturaleza del contrato, (de) las obligaciones que derivaban del mismo, así como de su operativa; dio pleno cumplimiento a las obligaciones de entrega de información y documentación establecida en la normativa sectorial; **los comerciantes informaron de los riesgos asociados a la suscripción de las AFSE y entregaron la documentación (folletos informativos, tripticos informativos, resúmenes confeccionados por EROSKI y las propias órdenes de compra) que resumía, de modo comprensible, preciso y conciso pero suficiente, las principales características del producto, incluida su rentabilidad (tipos de interés), su carácter perpetuo o la posibilidad que tenía EROSKI de amortizar anticipadamente la emisión transcurridos cinco años.** Las características y riesgos de las AFSE aparecen destacados, de un modo u otro, en las **órdenes de compra**. En el apartado de "observaciones" se hacía constar en mayúsculas que el ordenante había recibido y leído el tríptico-resumen del folleto. Y en la misma orden manifestaba el conocimiento del "significado y trascendencia" de la misma. El suscriptor advertía sin dificultad que estaba realizando una compraventa de valores. Cumplió, en definitiva, con el deber de comportarse con la diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado a la que le obligaba el art. 79.1,a de la LMV en su redacción entonces vigente, pues informó de los riesgos y características del producto; y solicitó a sus clientes la "información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión", cumpliendo los arts. 4 y 5 del entonces vigente RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los

mercados de valores y registros obligatorios, como puede comprobarse si se atiende a las contestaciones individuales, a la documentación que a ellas se acompaña y a la atención –que no recomendación- personalizada que se prestó a los suscriptores. Si no se hicieron test de conveniencia e idoneidad a los clientes que suscribieron las AFSE 2004 y 2007, fue porque no era obligatorio hasta el 21.12.2007 y el 17.02.2008 (fecha de entrada en vigor respectivamente de la L. 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la LMV; y el RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la L. 35/22003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, aprobado por RD 1309/2005, de 4 de noviembre). **(vi) Contestación a los casos individuales acumulados** (págs. 119 a 309 de la contestación): analiza la entidad financiera demandada cada uno de los expedientes de los demandantes, aludiendo al "**perfil del contratante**" (resaltando la "***amplia cultura financiera***" de sus clientes derivada de sus experiencias previas por los contratos suscritos de complejidad igual o superior a los que se discuten en este caso o, en otros caso, su lugar de procedencia como hecho revelador del conocimiento de la cooperativa EROSKI), la suscripción de la orden de compra (y posteriores), los intereses percibidos y las comunicaciones y reclamaciones interpuestas. **2. En relación con las acciones colectivas e individuales que pretenden la nulidad por abusivas de las condiciones generales de la contratación insertas en los documentos utilizados:** se opone a su estimación con base en lo siguiente: (i) cosa juzgada y litispendencia; (ii) otras cláusulas ha sido imposible localizarlas entre los contratos de depósito y administración sobre los que se fundamenta la presente acción de cesación; (iii) buena parte de las cláusulas impugnadas de adverso no constituyen condiciones generales de la contratación; (iv) ninguna de las cláusulas impugnadas puede considerarse abusiva. **3. En relación con la acción de cesación por publicidad ilícita:** (i) inconcreción de los hechos y del fundamento jurídico de la pretensión; (ii) falta de objeto de la acción; (iii) falta del presupuesto de ilicitud en la publicidad: ni es engañosa (arts. 5 y 7 de la LCD), ni contraria a la normativa sectorial (los artículos citados como infringidos de contrario no regulan la publicidad del producto, y han sido cumplidos íntegramente por BBVA); (iv) ausencia del requisito de procedibilidad (art. 33.1 LCD, aplicable cuando sea un consumidor o persona física quien ejercite la acción). **II.B. EROSKI.** Alega, en síntesis, las siguientes razones para defender la desestimación de las pretensiones ejercitadas por los demandantes: (i) Inoponibilidad a EROSKI de las acciones referidas a contratos en los que no es parte (los "contratos de depósito y/o administración de valores" y "orden de compraventa de valores". (ii) Inexistencia de cláusulas abusivas en el folleto informativo de la emisión de las AFSE. (iii) Inexistencia de publicidad engañosa o ilícita emitida por EROSKI: la acción para ejercitarla habría prescrito y ausencia de prueba del acto de publicidad ilícita.

III. EL INFORME DEL MINISTERIO FISCAL. En el trámite de conclusiones, el Ministerio Público informa favorablemente sobre la adecuación del procedimiento seguido y la legitimación de las partes. Solicita la desestimación de las pretensiones de publicidad ilícita ejercitadas contra EROSKI y la **estimación de la acción colectiva de nulidad de condiciones generales de la contratación insertas en los contratos empleados por el BBVA**. Dice que las cláusulas discutidas adolecen de la necesaria transparencia, impidiendo a los particulares conocer las características del producto financiero que contratan, esgrimiendo la doctrina de la STS de 09.05.13.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Las reclamaciones judiciales que interponen los demandantes frente al BBVA deben ser estimadas. Los contratos celebrados para la compra de las "*aportaciones financieras subordinadas de EROSKI*" quedan anulados por haber comercializado la entidad financiera de forma defectuosa este producto complejo de inversión a clientes minoristas sin informarles de forma clara y comprensible del riesgo que corrían de perder todo o parte del capital invertido. Como consecuencia de esta nulidad, deberán devolverse los importes entregados y recibidos, actualizados con los intereses legales correspondientes.

La codemandada EROSKI queda absuelta, porque quienes compraron sus aportaciones subordinadas no han reclamado en este juicio nada contra la cooperativa por la defectuosa comercialización del producto empleada por la entidad bancaria a la que encargó hacerlo, y porque no ha quedado acreditado que hubiese llevado a cabo una campaña publicitaria ilícita, para conseguir la venta del producto de forma fraudulenta.

Antes de entrar en el fundamento de tales pronunciamientos, la singularidad de este proceso, en el que se han resuelto 71 reclamaciones individuales de nulidad, justifica unas consideraciones previas de carácter procesal.

I.
CUESTIONES PROCESALES

PRIMERO. SOBRE LA ACUMULACIÓN EN UN ÚNICO PROCESO DE TODAS LAS RECLAMACIONES.

La demanda presentada adolece de falta de claridad y precisión (art. 399.1 LEC), ha sido redactada con una extensión injustificadamente desmesurada a la vista del contenido de los 163 folios que la componen, donde se mezclan, en todos sus apartados, sin orden alguno, hechos, fundamentos de derecho y pretensiones, con invocación genérica de razonamientos jurídicos y copia de extractos completos de sentencias judiciales, con extensos párrafos subrayados y en negrita. La defectuosa técnica procesal empleada para la redacción del escrito rector del procedimiento, provoca, entre otros efectos, la ocultación de las escasas razones que invocan los demandantes para pretender lo que pretenden. Parece precisamente una demanda-tipo para ajustarla a los distintos procesos que están entablando la asociación ante los tribunales (preferentes, aportaciones subordinadas, condiciones generales de la contratación, cláusulas suelo). No obstante, con esfuerzo, como han hecho las defensas técnicas de las codemandadas, un detenido estudio de su contenido (sin tener en cuenta el "escrito de aclaraciones" presentado) permite concretar lo que se pide, contra quién y el fundamento fáctico y jurídico de las pretensiones ejercitadas.

Determinadas las pretensiones en la forma que ha quedado expuesta en el antecedente procesal primero de esta resolución, puede afirmarse sin dificultad tanto la **legitimación activa y pasiva de las partes** para ejercitar y soportar las acciones ejercitadas como la **competencia de este Juzgado de lo Mercantil** para la tramitación de **todas ellas en un mismo pleito**.

Los particulares que adquirieron AFSE tienen derecho a reclamar la nulidad de los contratos celebrados frente al BBVA por vicio del consentimiento (art. 1302 del Código Civil) y por ser abusivas las condiciones generales de los contratos insertas en los documentos firmados (art. 9 Ley de Condiciones Generales de la Contratación), bien presentando la demanda inicial o bien interviniendo posteriormente en el procedimiento (art. 13 Ley de Enjuiciamiento Civil); y también la asociación de consumidores demandante está autorizada por nuestro ordenamiento jurídico para ejercitar las acciones de nulidad de las condiciones generales de la contratación (art. 16 LCGC y art. 11 LEC) y para pedir que cesen los actos de publicidad ilícitos denunciados (art. 33.2 Ley de Competencia Desleal).

Ejercitadas acumuladamente estas pretensiones, la competencia objetiva para el conocimiento del asunto corresponde al Juzgado de lo Mercantil, conforme a lo dispuesto en el art. 86 bis de la LOPJ y al criterio del TS (STS Pleno, de 10.09.12 y STS 23.05.13), que se residencia en estos órganos especializados la competencia para conocer de acciones acumuladas, incluso aunque alguna de ellas, individualmente considerada, no le venga legalmente atribuida (como

ocurre, en este caso, con las acciones de nulidad contractual por vicio del consentimiento). La razón: evitar el peregrinaje de jurisdicciones, cuando no hay merma de las garantías de procedimiento y recursos para la parte contraria, como ocurre en este caso.

Y si las partes están legitimadas para reclamar y soportar las reclamaciones que se efectúan en la demanda, y el órgano competente resulta ser este Juzgado de lo Mercantil, ningún obstáculo procesal existe para ventilarlas todas en un **único procedimiento**, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 71 y 72 de la LEC, que permiten acumular en un mismo proceso distintas acciones contra los demandados (71.2) o que varios demandantes acumulen contra los demandados las pretensiones que pretendan ejercitar. Esto es lo que ha ocurrido en este caso: los suscriptores de AFSE (71 inicialmente) piden la nulidad de su inversión frente al BBVA; y aunque cada caso pueda tener su peculiaridad, entre todos ellos "*existe un nexo por razón del título o causa de pedir*" (la defectuosa información suministrada en relación al riesgo del producto), lo que permite agrupar en una misma demanda todas las reclamaciones, por economía procesal y para evitar sentencias contradictorias (SAP Madrid, secc. 21 bis, de 31/05/2012).

Este (único) procedimiento se ha seguido por todos sus trámites, sin que a juicio de quien ahora resuelve haya habido menoscabo alguno de las posibilidades de alegación, prueba y recursos de las partes (indefensión, art. 238 LOPJ): las codemandadas, en particular BBVA, ha tenido oportunidad de presentar la contestación a la demanda formulando las alegaciones que ha tenido por conveniente para oponerse a todas las pretensiones ejercitadas de contrario (incluidas las 71 reclamaciones de nulidad por vicios del consentimiento); en la audiencia previa se han resuelto todas las excepciones procesales y los recursos de reposición planteados, habiendo podido conocer las partes, sin dificultad alguna, los argumentos jurídicos que han servido de base para su desestimación; fueron admitidas en legal forma pruebas propuestas y desestimadas fundadamente otras, contra las que se interpuso por las partes los recursos que tuvieron por conveniente, constando la protesta por su desestimación. Si algún precepto de regulación procesal se ha interpretado de forma distinta a su estricto tenor literal, lo ha sido, en definitiva, para ajustar el procedimiento a la complejidad del litigio entablado e intentar una solución transaccional al litigio, evitando en cualquier caso la merma de las posibilidades de defensa de las partes.

SEGUNDO. EL EXAMEN "CASO POR CASO" DE CADA RECLAMACIÓN.

Insiste la entidad financiera demandada, desde el inicio del procedimiento, en la indebida acumulación de todas las reclamaciones individuales en un único proceso. Reclama que se resuelva "caso por caso", ya que cada uno tiene sus peculiaridades, y se queja de la limitación de los medios de prueba que ha sufrido en este caso (pretendía que se tomase declaración a todos los demandantes y a todos los directores y gestores comerciales que intervinieron en cada una de las operaciones de compra).

Tiene razón la demandada. La resolución judicial de las reclamaciones de los demandantes debe hacerse "caso por caso". Y así se ha hecho. Lo que ocurre es que todos los casos son sustancialmente idénticos ("prototípicos" los llama la SAP de 04.04.13). No está justificada, en cambio, la queja por la limitación de las pruebas practicadas en este proceso, puesto que, en cualquier caso, dicha limitación únicamente beneficiar a la propia demandada (salvo que la petición se fundamente en una estrategia procesal encaminada a multiplicar los asuntos y

dificultar el acceso a la justicia de sus clientes, haciéndolos demandar individualmente).

Todos los casos son idénticos: mismo producto, misma dinámica de contratación y el mismo perfil del contratante (cliente minorista). Ciertamente, cada uno de sus clientes procede de un lugar distinto, o tiene unos estudios distintos, o ha contratado unos productos financieros distintos, pero ninguno de ellos es, por ejemplo, asesor de un banco de inversión, o director financiero de una empresa, quienes en principio no tendrían que depender de las explicaciones del producto que le diera el comercial de la oficina bancaria. Examinado caso por caso, resulta que ninguno de los clientes tiene "experiencia financiera", porque no puede entenderse por tal el que haya contratado otros productos igual o más complejos (por ejemplo, fondos estructurados), porque tampoco consta acreditado que el consentimiento para la contratación de dichos productos no haya sido prestado también viciadamente (por ejemplo, uno de los testigos declara que ciertamente es titular de un depósito estructurado, pero que solo supo que parte de su dinero estaba invertido en preferentes mucho después de contratarlo). Y examinado "caso por caso" resulta que todos fundan su petición de nulidad en lo mismo, la falta de información y "caso por caso" también se ha constado que la forma de colocación del producto ha sido idéntica: información verbal de las características por los comerciales del banco y sin entregar a los contratantes documento escrito alguno donde consten dichas características en el momento de la contratación o antes.

Es en este último punto donde **la limitación de las pruebas favorece a la parte demandada**. Ha tenido ocasión BBVA de seleccionar para su comparecencia como testigos a 5 de sus directores de oficina o agentes comerciales que intervinieron en la contratación. Ha tenido ocasión, por tanto, de escoger a los más informados de las características del producto y a los que mejor informaron a sus clientes. Además, ha declarado como representante legal el máximo responsable de valores de la entidad. Y, del otro lado, ha tenido la oportunidad de seleccionar también a cinco de sus clientes para interrogarles en el juicio, por lo que ha podido escoger a los de "mayor experiencia financiera", menor edad y a los que consideraba, a partir de los expedientes de contratación, más consciente del producto que adquirían. Es decir, ha tenido la entidad financiera a su alcance los más idóneos medios de prueba para intentar acreditar que la información fue correcta, y no lo ha conseguido, pero no precisamente porque no se haya traído al proceso a todos los que pretendía.

II.
SOBRE EL FONDO DEL LITIGIO

TERCERO. SOBRE ACCIONES INDIVIDUALES DE NULIDAD DE LA ADQUISICIÓN DE LAS AFSE POR VICIO DEL CONSENTIMIENTO (art. 1265 CC).

El asunto que se somete a la decisión judicial en este caso es idéntico al que ya han resuelto otros juzgados y tribunales, sobre las mismas AFSE o sobre otros productos similares (participaciones preferentes). En una amplia mayoría de ellos, la respuesta ha sido favorable a los demandantes, anulándose los contratos celebrados por vicio en el consentimiento derivado de una deficiente información ofrecida por la entidad comercializadora, a la que se condena a devolver las cantidades recibidas para la compra del producto. Así, se declara la nulidad de los contratos celebrados para la compra de las AFSE en la sentencia de la Audiencia Provincial de

Valladolid, secc. 3ª, de 05.09.13; y en las sentencias del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Bilbao, de 02.10.13; en la del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Baracaldo de 22.10.13; y en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Vitoria de 24.10.13. La SAP de Pontevedra, sec. 1ª, de 04.04.13 anula la compra de "PART. PREF. GRUPO SOS CUÉTARA" comercializada por el Banco de Santander. Y las resoluciones de las Audiencias Provinciales de Asturias, de 15/03/13, Madrid, secc. 10ª, de 31/10/13; de Valencia, secc. 9ª, de 30/10/13; de Mallorca, secc. 3ª, de 11/12/13; y de Cáceres, secc. 1ª, de 15.01.14 anulan la compra de participaciones preferentes bancarias. Estas decisiones judiciales se apoyan la doctrina del Tribunal Supremo el vicio del consentimiento contractual y del deber de información que debe suministrar la entidad financiera (SSTS de 21.11.13 y 18.04.13 respectivamente). La valoración de las pruebas practicadas y la aplicación, a este caso, de la doctrina jurisprudencial contenida en las resoluciones citadas conllevará la estimación de la pretensión de nulidad ejercitada por los demandantes.

Los clientes del banco piden que se anule la compra de las AFSE porque, según dicen, no se les dio información suficiente sobre el producto que adquirían. La entidad bancaria comercializadora sostiene, en cambio, que ofreció información completa sobre las características del producto. Planteado en estos términos el pleito, **le hubiese bastado al banco con aportar un contrato por escrito, firmado por los demandantes, donde se recogiesen con la suficiente claridad las características del producto que compraban, incluidos sus riesgos. De esta forma, los adquirentes hubiesen quedado obligados a cumplir lo firmado y a asumir las consecuencias del error en el que hubiesen podido incurrir (art. 1091 CC). Pero, por sus intereses comerciales, la entidad financiera elige otra forma de colocación de este "producto complejo" de inversión entre sus clientes minoristas (consistente en la información verbal de los comerciales del banco y firma de la "orden de compra" por los clientes, con ausencia de un contrato escrito de adquisición del producto donde conste de forma comprensible sus condiciones). Siendo así, debe cargar con la prueba de acreditar que la información que estaba obligada a dar sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes fue la correcta, en particular sobre los aspectos menos ventajosos de la inversión, y soportar las consecuencias jurídicas desfavorables derivadas de las dudas que recaigan sobre la falta de acreditación de dicha circunstancia.**

3.1. Las pruebas.

(i) La información verbal ofrecida por el personal del banco sobre el producto a sus clientes.

En el juicio, han declarado a propuesta de la propia entidad financiera codemandada, el responsable de valores del BBVA (D), el director de la oficina de Sarriko (D.) y dos directoras comerciales, en Bilbao y Basauri ( ). Y sobre este extremo declaran también los demandantes propuestos por la propia entidad financiera y dos testigos (adquirentes del producto no demandantes).

Cuando se les pregunta a los empleados de las sucursales qué información del producto ofrecían a sus clientes afirman lo siguiente: el director de la oficina de Sarriko dice que intervino "*en 15 o 20 (operaciones de compra)*", que les decía a sus clientes que el producto "*era a*

perpetuidad, la rentabilidad, que era deuda subordinada y que la liquidez venía instrumentada a través del mercado secundario". Y cuando se le insiste en el interrogatorio sobre si, según su percepción, todos los clientes entendían la explicación que les daba, concretamente en cuanto a la forma de recuperar el dinero invertido, manifiesta que sí. Se le preguntó también si "*les dijo a alguno de los adquirentes que corrían el riesgo de perder todo o parte de la inversión*" contesta que "*así de claro no*". En parecidos términos responde al interrogatorio sobre esta cuestión la directora comercial de la oficina de Bilbao. Les decía a sus clientes que se trataba de "*una emisión de Eroski, sin vencimiento, a perpetuidad, el tipo de interés y que en caso de liquidez tenía que acudir al mercado AIAF, que dependía de la oferta y la demanda*". Cuando se le pregunta si entendían estas explicaciones afirma que "*sí, creo que sí*". Por último, la directora comercial de la oficina de Basauri dice que "*les explica(mos) las características, los riesgos del producto, miraban los documentos, lo pensaban en casa y luego lo suscribían...analizábamos el perfil del cliente para que le(s) entendieran (las explicaciones sobre las características del producto)...les decíamos que eran una (deuda) subordinada, que cobra el último, perpetua, salvo venta en el mercado secundario de renta fija, que en ese momento había demandada... que nunca dijo que era un producto seguro. Que lo entendían pero no veían el riesgo* (no lo asumían como probable)". Y concretamente sobre el "riesgo" del producto que ofrecían, esta última empleada dice que "*como todos los valores tienen un riesgo*". Contestación que está en la misma línea de la que ofrece el responsable de valores del BBVA, quien afirma a preguntas de la letrada de la entidad financiera, que (la aportación subordinada) "*tiene los mismos riesgos que una acción*".

Los clientes de la entidad coinciden en declarar que "*(les) dijeron que en 24 horas lo podía sacar (el dinero invertido)*" ( ); "*que las podía vender en 24 horas*" (RAFAEL RUIZ), o que "*creía que a los 5 años podía disponer*" ( ).

(ii) La documentación que se entrega a los clientes.

Dice en su contestación el banco que "*entregaron la documentación (folletos informativos, trípticos informativos, resúmenes confeccionados por EROSKI y las propias órdenes de compra) que resumía, de modo comprensible, preciso y conciso pero suficiente, las principales características del producto, incluida su rentabilidad (tipos de interés), su carácter perpetuo o la posibilidad que tenía EROSKI de amortizar anticipadamente la emisión transcurridos cinco años*". Para probarlo declaran los comerciales de la entidad y, a su instancia, algunos de los demandantes. Y en las "órdenes de compra" se recoge, en el apartado de "observaciones", lo siguiente: "*el ordenante manifiesta haber recibido y leído antes de la firma de esta orden, el tríptico-resumen del folleto informativo con las características de las aportaciones financieras del emisor*".

Los **empleados del banco** encargados de la comercialización del producto que comparecen como testigos afirman que los clientes tenían a su disposición en la oficina el folleto informativo (de aproximadamente 140 páginas) y que se les entregaban "*trípico*" y "*resúmenes informativos*" sobre las características del producto. "*que se llevaban la documentación, lo pensaban en casa y luego venían a suscribir las AFSE*". Cuando se les pregunta si firmaban la recepción de alguno de estos documentos informativos, tal como viene previsto en el folleto de la hoja resumen, que acaba con la indicación para cumplimentar de la fecha de

que lo único que firmaba el cliente era la "orden de compra, no el tríptico".

Los clientes interrogados niegan que se les entregase documentación relativa a las características del producto previamente o a la firma de la orden de compra de las AFSE (dice que recuerda si se le entregó documentación, declara que "*no le entregaron el tríptico*"; dice que "*tuvo que ir al banco a pedir que le dieran lo que había firmado*"; dice que "*no le entregaron nada*" y en parecidos términos declara , "*no me entregaron nada por escrito*").

(iii) La valoración judicial de las pruebas practicadas.

A la vista del resultado de las pruebas practicadas queda acreditado: **(1) que los comerciales no advirtieron a los clientes de la entidad de forma clara y comprensible del riesgo que corrían de perder total o parcialmente el importe invertido en AFSE.** El responsable de valores del BBVA y una de sus comerciales dicen que el producto "*tiene los mismos riesgos que una acción*": si creen eso, mal puede informarse a los clientes de los verdaderos riesgos del producto (las aportaciones financieras subordinadas están consideradas por la legislación un producto "complejo", a diferencia de las acciones que no lo son, art. 79 bis 8, a) de la Ley del Mercado de Valores); y de las declaraciones de los comerciales resulta que la información sobre la característica principal del producto, su liquidez y los riesgos, si es que se proporcionó en la forma que dicen, no fue clara ni comprensible: "*así de claro no*", contesta uno de los directores del BBVA cuando se le pregunta si advirtió a sus clientes de que podían perder todo o parte de los fondos invertidos.

Y **(2) que, a pesar de lo que dice la orden de compra firmada, no se les entregó a estos clientes ni antes, ni después de su firma, ningún documento donde se recogiese de forma clara y comprensible las características de aquello que estaban comprando.** Al menos no ha quedado suficientemente demostrado este extremo. Y le hubiese sido fácil cerciorarse a la entidad de la recepción de la nota resumen de las características del producto, haciéndoles firmar dicha recepción, tal como prevé el propio formulario redactado por la entidad. Es más, valoradas las intervenciones de los testigos como la necesaria inmediación, para quien ahora resuelve merecen más credibilidad las de los clientes del banco que las de los empleados: los clientes relatan lo acontecido con todo detalle, con convencimiento, sin incurrir en contradicciones ni respuestas evasivas. En cambio los comerciales del banco contestan con respuestas extrañamente coincidentes sobre la información y los documentos que daban a sus clientes, con respuestas poco concluyentes que luego precisan de matizaciones, "no recuerdan" ningún dato concreto de las contrataciones que gestionaron, y desde luego su testimonio transmite y logra menos convencimiento que el de los clientes.

3.2. Las consecuencias jurídicas derivadas de la forma de colocación del producto empleada por la entidad bancaria.

Los demandantes piden que, como consecuencia de la falta de información ofrecida, sea declarada la nulidad de los contratos celebrados, o subsidiariamente, que la entidad bancaria demandada les indemnice por los daños y perjuicios causados. **Por su parte, BBVA** sostiene que en ningún caso podría declararse la nulidad de la compra de AFSE, pues tal contrato de

compraventa es ajeno a ella; según su criterio únicamente podría fijarse una indemnización por el incumplimiento de la obligación de informar, que no podría consistir en ningún caso en una cantidad equivalente a la inversión realizada; y si se declarase la nulidad de los contratos, únicamente podría afectar al mandato de compra y al depósito y administración de valores, debiéndose restituir por la entidad financiera solo las comisiones y gastos cobrados a los clientes.

Algunas resoluciones judiciales, como la SAP de Asturias de 26.09.11 y la de la AP de Palma de Mallorca de 02.09.11, se inclinan por no declarar la nulidad contractual sino condenar a la entidad bancaria demandada a indemnizar por el incumplimiento de su obligación de informar; la segunda de las citadas, en atención al caso concreto examinado, rechaza que la indemnización deba corresponderse con el montante total de la inversión. Pero esta posición jurídica sobre los efectos de la defectuosa información ofrecida sobre el producto no es la que sostiene la doctrina jurisprudencial mayoritaria.

Debe declararse **la nulidad de los contratos por vicio del consentimiento** (arts. 1265 y 1300 CC). Porque *"Los demandantes en modo alguno pudieron formar adecuadamente su voluntad contractual al carecer de los elementos sensibles e imprescindibles para poder conocer el alcance del negocio jurídico que les era ofrecido, sin que tal defecto les sea reprochable pues se limitaron a asentir a la oferta que les proponían los empleados de la sucursal"* (SAP de Pontevedra de 04.04.13). Y así, el consentimiento prestado está viciado por el error, que recae sobre una de las características principales del producto, *"porque la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta...es decir, la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea"* (STS 21.11.2012). Este error, es **relevante**, ya que recae sobre la característica principal del producto, la posibilidad de recuperación de los ahorros invertidos, **y no es imputable a los clientes**, sino a la entidad financiera demandada, que estaba legalmente obligada, ya desde la primera redacción del art. 79 Ley del Mercado Valores, a suministrar información suficiente, comprensible y adecuada a sus clientes en atención a su eventual decisión en materia inversora (STS 12.11.04 y la citada SAP de Pontevedra de 04.11.13).

El **efecto de la nulidad** de los contratos celebrados será el que se recoge en el art. 1303 del CC. Las prestaciones de los contratos de comisión mercantil que son anulados (las "órdenes de compra") y de los contratos de depósito y administración, son prestaciones "*de hacer*" a cargo de la entidad financiera: adquirir las AFSE en nombre del cliente y administrarlas. El cliente se obliga a entregar los fondos destinados a pagar su importe y las comisiones correspondientes. Declarada la nulidad de estos contratos, los contratantes (BBVA y clientes) deberán restituirse recíprocamente los importes entregados y recibidos, actualizados con los intereses legales devengados desde la fecha del efectivo cobro o pago (SAP Madrid, de 26.06.12), para así volver a la situación inmediatamente anterior a la celebración de los contratos anulados, como si desde un principio no hubiesen existido.

CUARTO. SOBRE LA ACCIÓN COLECTIVA (E INDIVIDUALES) DE CESACIÓN, POR ABUSIVAS, DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN INCLUIDAS EN LOS CONTRATOS UTILIZADOS PARA LA ADQUISICIÓN DE LAS AFSE (art. 12 y 9 LCGC).

ADICAE (y con ella sus asociados) solicitan la declaración judicial de nulidad de determinadas

disposiciones incluidas en la documentación utilizada por las entidades codemandadas (contratos de depósito y administración de valores y sus anexos, órdenes de compraventa de valores, folleto informativo rector de la emisión de AFSE del año 2007). Concretamente piden que se anulen (y con ellas los contratos), por tratarse de "condiciones generales de la contratación", "abusivas":

(I) las cláusulas incluidas en ellos que se refieren a documentación que no les ha sido entregada a sus clientes ("política de ejecución de órdenes", "política de gestión de conflictos", "tarifa de comisiones, condiciones y gastos, fechas de valoración y normas de disposición de bancos aplicables a esta operación", "tríptico resumen"): dicen que los bancos no han facilitado esta información, lo que contraviene el art. 89.1 de la LDCU.

(II) La cláusula relativa a "la imputación y de pagos y compensación de deudas" que los clientes mantengan con el banco; y aquellas que se refiere al "mandato gratuito al banco" para que pueda enajenar valores de sus clientes o aplicar cualquier cantidad para compensar sus deudas y a la utilización de "cuentas globales de valores": dicen se trata de una cláusula nula como ya lo declaró el TS en su sentencia de 16.12.09.

(III) la cláusula relativa a la obligación de banco de remitir a sus clientes, "a la mayor celeridad", información relativa a sus valores: dicen que se establece un plazo insuficientemente determinado para que el banco cumpla con sus obligaciones, como prueba el que aún no ha remitido dicha documentación.

(IV) La cláusula relativa a la "modificación de los intereses, cuotas o comisiones" mediante comunicación a los titulares para que puedan oponerse: dicen que es abusiva por vincular el contrato a la voluntad de la entidad financiera.

(V) La cláusula por la cual se autoriza al banco al "tratamiento de los datos personales": no se advierte al cliente de las consecuencias ni se le informa correctamente de sus derechos de acceso, información y rectificación. (VI) Y otras "cláusulas" incluidas en el folleto informativo de la emisión de 2007 de las AFSE (amortización anticipada y vencimiento).

De todas ellas, la única que debe anularse es aquella que recoge que el cliente "*ha recibido por duplicado, ejemplar del contrato de administración y/o depósito de valores, así como la tarifa de comisiones, condiciones y gastos, fechas de valoración y normas de disposición de banco aplicables a esta operación*", porque no ha sido así, lo que supone que la cláusula sea "abusiva", en los impropios términos del art. 89.1 LDCU, y deba tenerse por no puesta (art. 83.1 LDCU).

El resto de las "cláusulas" que se somete a la fiscalización judicial no pueden ser calificadas como abusivas, como se solicita, por las siguientes razones: unas no son condiciones generales de la contratación: no lo son las incluidas en el folleto informativo de la emisión de las AFSE o la manifestación incluida en el apartado de "observaciones" de la orden de compra de valores relativa a la recepción y lectura del trípico informativo de las AFSE. Otras no pueden ser calificadas de "abusivas", porque los escasos argumentos empleados por la asociación demandante no justifican esta declaración judicial: así ocurre con la queja de indefinición de plazo para remitir la información a los clientes. Otras no son "abusivas" porque no provocan un "*desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes*": la cláusula relativa a la modificación de los intereses y comisiones prevé la posible oposición del cliente a dicha

modificación. Y, por último, otro grupo de cláusulas sometidas a la revisión judicial no deben ser nuevamente objeto de decisión judicial, si ya lo han sido con anterioridad (art. 222.3 LEC): esto es lo que lo que ha ocurrido, según la propia demandante, con las cláusulas de imputación de pagos, compensación de deudas, con el mandato para la venta de valores y con la utilización de "cuentas globales".

Siendo así, la petición de nulidad de los contratos por ser nulas las cláusulas incluidas en ellos como condiciones generales de la contratación (que es lo que se pide; no se solicita que quede sin efecto ninguna cláusula contractual) debe ser desestimada (art. 9 y 12 de la LCGC). Únicamente debe entenderse sin efecto la cláusula de relativa a la recepción de los documentos incluida en el contrato de administración y gestión de valores a la que se ha hecho referencia en el párrafo anterior. Ello supone una desestimación sustancial de las pretensiones ejercitadas, puesto que este único pronunciamiento favorable a los demandantes no justifica el ejercicio de la acción judicial entablada.

QUINTO. SOBRE LA ACCIÓN DE CESACIÓN DE PUBLICIDAD ILÍCITA (art. 32.1.2º Ley de Competencia Desleal).

Nuestro ordenamiento jurídico permite a las asociaciones de consumidores y usuarios y a cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, pedir al juez que cesen las campañas publicitarias utilizadas en el ejercicio de la actividad comercial con la finalidad de promover la contratación de bienes o servicios que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos o que no ofrezcan información veraz del mismo (arts. 6 y 3, letras d) y e) de la Ley General de Publicidad (LGP) en concordancia con los arts. 5, 7 y 32.1.2ª de la L3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal, LCD). El éxito de la acción pasa, como no puede ser de otra manera, por identificar primero, la concreta "*forma de comunicación realizada*" (art. 2 LGP), es decir, el acto o actos publicitarios que se tachan de ilícitos por los demandantes. Y luego debe demostrarse que la publicidad del producto o servicio contiene "*información falsa o información que aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos: ...b) las características principales del bien o servicio...disponibilidad, beneficios, riesgos...*" (art. 5 LCD). De la misma forma se considerará "engañosa" la "*omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico*" (art. 7 LCD).

En este caso, los demandantes sostienen que "*la publicidad emitida por Eroski y por las entidades financieras colocadoras del producto no fue clara, suficiente ni objetiva, sino más bien todo lo contrario, se basó en una publicidad engañosa del producto. Se omitieron datos relevantes por parte de las entidades financieras induciendo de este modo a error a los destinatarios*" (pág. 114); "*la naturaleza del bien o servicio ha sido "falseada"*, ***han sido presentados como depósitos a plazo fijo...*** *y se ha inducido a error al cliente de las entidades financieras en relación a las características principales del producto: plazo de duración; riesgo; liquidez"..."la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado...*" (págs. 99 y 100). "*La entidad (BBVA) debería haber acreditado que informó concreta y correctamente de todos los escenarios posibles del producto y no es así*" (pág. 101). En base a estas alegaciones piden que (i) "*se ordene a las demandadas la cesación*

de toda comunicación publicitaria, incluida la que figure en los propios contratos financieros, que consista en utilizar para su comercialización a "clientes minoristas"; (ii) "*publicitar las AFSE como si fuera un valor de deuda*" y (iii) "*se prohíba a la demandada a publicitar las AFSE en la forma que se recoge en* ***el doc. 14,*** *por ser contraria dicha publicidad a las características del producto pudiendo inducir a engaño a los posibles adquirentes*".

Esta acción debe ser íntegramente desestimada. ADICAE plantea esta reclamación con la misma defectuosa técnica procesal que utilizó ante el **Juzgado de lo Mercantil de Santander, que resolvió la resolvió en su S. de 03.12.13.** Decía la Magistrada en aquel asunto que "en modo alguno" puede pretenderse, mediante el ejercicio de esta acción, una revisión del proceso de comercialización del producto, sino que deben concretarse los actos publicitarios concretos que se tachan de publicidad engañosa y que otra cosa será "la forma concreta en que se ha comercializado el producto a los diferentes inversores, que podrá ser objeto, en su caso, de las correspondientes acciones".

En este pleito, a diferencia del que se resolvió por el Juzgado de lo Mercantil de Santander, al menos la asociación demandante ha tenido la precaución de señalar (en su demanda, que es donde debe hacerse) **un acto publicitario concreto (el que se acompaña como doc. 14 con la demanda).** Pero en modo alguno puede afirmarse que en ese folleto contenga publicidad engañosa. Comparte, quien ahora resuelve, los acertados y exhaustivos argumentos expuestos por la defensa técnica de EROSKI para defender la desestimación de la pretensión, los cuales son asumidos como propios en su integridad. Únicamente debe resaltarse que en el folleto informativo en cuestión se recogen perfectamente las características esenciales del producto, incluidas la "*perpetuidad, es decir no tiene fecha de vencimiento del producto*" y la subordinación "*por lo que a efectos de prelación de créditos tienen se sitúan detrás de todos los acreedores comunes*", remitiendo al lector a los lugares donde puede encontrar más información. Se trata de una publicidad que presenta verazmente el producto, y en ningún lugar se dice que se trate de un depósito a plazo fijo, como afirma la asociación demandante (en la pág. 99 de su demanda).

SEXTO. COSTAS.

En materia de costas habrá de estarse al criterio del vencimiento (art. 394 de la LEC), haciendo un pronunciamiento, en el fallo de la sentencia, para cada una de las acciones ejercitadas ("*los efectos de tal acumulación de acciones señalados en el art. 71 LEC, de discutirse en un mismo procedimiento y resolverse en una sola sentencia, no empañan el principio de independencia de las pretensiones*, dice la SAP MADRID, secc. 10ª, de 17.10.12).

FALLO

PRIMERO. Son estimadas íntegramente las pretensiones de **nulidad de los contratos** ejercitadas por los demandantes. Quedan anulados todos los contratos de comisión para la compra de las AFSE (emisiones 2004 y 2007) y de depósito y administración de estos valores celebrados entre las partes. En consecuencia, es condenada la entidad bancaria demandada a reintegrar a los actores las cantidades recibidas para la compra de las AFSE, comisiones y gastos, actualizando dichas cantidades con los intereses legales desde la fecha de su

contratación. Y los actores deberán reintegrar a la entidad financiera las cantidades que hayan percibido por dicha adquisición, también actualizadas con los intereses legales desde su percepción. Las costas de estas reclamaciones se imponen a la codemandada BBVA.

SEGUNDO. Son desestimadas íntegramente las **acciones de nulidad de las condiciones generales de la contratación** por abusivas ejercitadas por ADICAE y los demandantes contra EROSKI y BBVA. Las costas de esta reclamación son impuestas a los actores.

TERCERO. Es desestimada íntegramente la acción de **cesación de publicidad ilícita** ejercitada por ADICAE contra BBVA y EROSKI. Las costas procesales de esta pretensión son impuestas a la demandante.

Notifíquese la sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella podrán interponer **recurso de apelación**. Expídase testimonio de ella, para su unión a los autos, y archívese el original en el legajo correspondiente.

Así lo mando y firmo.

PUBLICACIÓN. Hecha pública la anterior sentencia el día de su fecha, de lo que yo, el/la Secretario Judicial, doy fe.