

ESTHER MARTIN GARCIA

&gt;&gt; CARLOS GOMEZ SIRVENT

1/15



REMITENTE: Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1. Icod de los Vinos

**DESTINATARIOS**

Nombre	Nº colegiado	Colegio
[REDACTED]	[REDACTED]	Ilustre Colegio de Procuradores de Tenerife
Esther Martin Garcia	323	Ilustre Colegio de Procuradores de Tenerife

**DATOS DEL PROCEDIMIENTO**

NIG: 3802241120150000547  
Orden Jurisdiccional: Civil  
Procedimiento: Procedimiento ordinario 0000207/2015

**RESOLUCIÓN NOTIFICADA**

SENTENCIA TEXTO LIBRE



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E  
INSTRUCCIÓN Nº 1  
C/ San Agustín nº 85  
Icod de los Vinos  
Teléfono: 922 86 94 19  
Fax.: 922 86 94 04  
Email.: mixto1.icod@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Procedimiento ordinario  
Nº Procedimiento: 0000207/2015  
NIG: 3802241120150000547  
Materia: Sin especificar  
Resolución: Sentencia 000087/2016  
IUP: VR2015004945

Intervención:  
Demandante  
Demandado

Interviniente:  
[REDACTED]  
BANCO BILBAO VIZCAYA  
ARGENTARIA, S.A.

Abogado:  
Carlos Javier Gomez Sirvent  
[REDACTED]

Procurador:  
Esther Martin Garcia  
[REDACTED]

## SENTENCIA

En Icod de los Vinos, a 1 de septiembre de 2016.

[REDACTED] JUEZ de Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1 de Icod de los Vinos, he visto los presentes autos de Procedimiento ordinario, nº 207/2015 seguido entre partes, de una como demandante D. [REDACTED] dirigido por el Abogado D. CARLOS JAVIER GOMEZ SIRVENT y representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. ESTHER MARTIN GARCIA y de otra, como demandada BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., dirigida por la Abogada Dña. [REDACTED] y representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. [REDACTED]

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la Procuradora Dña. ESTHER MARTIN GARCIA, en la representación que tiene acreditada, se interpuso demanda de Procedimiento ordinario en la que, después de exponer los hechos y fundamentos jurídicos que aquí se dan por reproducidos, terminaba suplicando se dictase en su día Sentencia por la que se estimara la demanda, y en consecuencia se declarase la nulidad del contrato financiero "BBVA Multicupón" de 26 de marzo de 2008 por vicio en el consentimiento, con obligación de las partes contratantes de restituirse recíprocamente lo que hubieran percibido, condenando a la demanda a estar y pasar por tal declaración y a restituir al demandante 34.423 euros más los intereses legales, junto con los intereses, comisiones y gastos cargados en la cuenta del demandante como consecuencia del contrato, sin perjuicio de la obligación del demandante de devolver las prestaciones y acciones recibidas, con condena en costas a la demandada. Y subsidiariamente, que se declarase la responsabilidad contractual de la demandada como consecuencia del incumplimiento a la hora de sustituir uno de los subyacentes y se condenase a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a proceder a la sustitución de las acciones de Ageas en el momento del vencimiento del contrato y en consecuencia recalcular el importe a abonar al demandante en a fecha del citado vencimiento.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se celebró la audiencia previa con fecha 16 de noviembre de 2015, con el resultado que es de ver en el correspondiente acta, en la que la parte actora propuso como prueba que se tuviese por reproducida la documental aportada así





como la testifical del D. [REDACTED] Director de la Sucursal bancaria. La parte demandada propuso tener por reproducida la documental aportada, haciendo asimismo suya la testifical del Director de la Sucursal propuesta de contrario y solicitando asimismo la testifical del D. [REDACTED] hijo del actor. Se admitió la totalidad de estas pruebas propuestas.

**TERCERO.-** Con fecha 15 de marzo de 2016 se celebró el acto del juicio, en el que se practicaron las pruebas que fueron propuestas y admitidas en el acto de la audiencia previa, con el resultado que es de ver en el soporte audiovisual en que quedó registrado el acto y que legalmente constituye su acta.

**CUARTO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Ejercita la parte actora la acción de nulidad del contrato "Multicupón" suscrito en fecha 26 de marzo de 2008 entre ella misma y la ahora demandada BBVA, alegando en esencia la existencia de un error en el consentimiento por parte del demandante, toda vez que la demandada no le facilitó la información necesaria en relación con el producto financiero contratado, que entiende la parte actora que no se ajustaba a su perfil.

El demandante se encuentra dentro del ámbito de aplicación del artículo 3 del Texto Refundido de la ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, RDL 1/2007: "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuario las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional", siendo de especial aplicación el art. 8 del citado Texto Legal, al señalar como derechos básicos de los consumidores y usuarios: a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad; b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos; c) La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos; d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute (...) f) La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.

En cuanto a la parte demandada BBVA, cabe señalar que los servicios bancarios ya estaban catalogados como servicios de uso común, ordinario y generalizado por los consumidores y usuarios en el Anexo I.C) del Real Decreto 287/1991, de 8 marzo, por el que se aprueba el Catálogo de productos, bienes y servicios a determinados efectos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Hoy los servicios bancarios y financieros figuran relacionados en el apartado c.13) del Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre que lo actualiza, resultando indiscutible su condición de empresario a los efectos que aquí nos ocupan. En el presente caso, además, BBVA ha actuado como prestadora de servicios de inversión, por lo que le es de aplicación la Ley del Mercado de Valores de 1988, vigente en el momento de la contratación y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión.





**SEGUNDO.-** Ha comparecido como testigo D. [REDACTED] Director de la Oficina del BBVA en el momento de la suscripción del contrato, quien ha manifestado que no tenía relación de tipo personal sino meramente profesional con el aquí demandante D. [REDACTED]. Que el hijo de éste, D. [REDACTED] acudió a la Oficina en relación con "unas renovaciones de unos productos de plazo fijo" (posteriormente D. [REDACTED] ratificaría esta afirmación, pero dejando claro que fue el Director quien lo llamó para que acudiera). El Director D. [REDACTED] trató con D. [REDACTED] hoy demandante, "solamente cuando se formalizaron las operaciones", según sus propias manifestaciones. Asimismo, manifiesta el testigo que con anterioridad a la firma del contrato "Multicupón" se suscribió un plazo fijo de 100.000 euros (lo que luego sería ratificado por D. [REDACTED]).

En cuanto a la publicidad que la entidad financiera daba al producto objeto del contrato de autos, ha manifestado D. [REDACTED] que los productos comercializados cambiaban todos los meses, por lo que el contrato financiero "BBVA Multicupón" era objeto de publicidad únicamente mediante ofrecimiento por parte de los empleados (lo que excluye la posibilidad de que fuesen los contratantes quienes se dirigieran a la entidad financiera para contratar, y corrobora lo luego manifestado por D. [REDACTED] esto es, que fue el Director D. [REDACTED] quien se puso en contacto con él para ofrecerle el producto).

Ha quedado acreditado que con quien trataba el Director de la Oficina D. [REDACTED] y a quien le explicó "las negociaciones" fue a D. [REDACTED] el hijo del demandante D. [REDACTED] (siendo éste un hecho que acepta igualmente la demandada en su escrito de contestación a la demanda). La negociación se produjo por tanto con el hijo, y a D. [REDACTED] y a su esposa Doña [REDACTED] se les explicó "el producto" ya en el momento de la firma del contrato, ese mismo día.

En cuanto al previo análisis del perfil de los inversores, el Director de la Oficina ha manifestado que no recuerda el histórico de productos que tenían contratados D. [REDACTED] y su esposa con anterioridad a la suscripción del contrato "Multicupón", y preguntado en varias ocasiones si estudió el perfil inversor de tales contratantes, tras varias respuestas evasivas, manifiesta finalmente que sí porque conoce las profesiones del señor, que sabe que D. [REDACTED] era conductor de autobuses, su mujer ama de casa y el hijo heredó el trabajo del padre, de modo que también era conductor de guaguas (todo lo cual, evidencia en un principio la inidoneidad de los contratantes para la suscripción del producto de autos). Luego ha añadido además el Director de la Sucursal que desconoce el nivel de estudios de los contratantes, así como que no clasificó a los contratantes en ninguna categoría según perfil inversor. Además no sabe qué productos estaban habituados a contratar los contratantes. Manifiesta que no realizó ningún test de idoneidad o conveniencia porque dice que "no era obligatorio en esa época". Y si bien ha manifestado que todos los hechos relevantes e importantes del producto dignos de ser entendibles se explicaron al 100%, manifiesta primero que dedicó como media hora a explicar este contrato, luego que entre media hora y una hora, y que puso ejemplos numéricos concretos, afirmando rotundamente que a su juicio el contrato es de fácil comprensión, pero en cambio, preguntado por el Letrado de la parte actora, manifiesta que para poder explicar qué es "el valor teórico del derecho", tendría que repasar el contrato, sin demostrar mayor capacidad para comprender él mismo el contenido del producto ofertado.





Dice asimismo el Director de la Oficina que no recuerda si les entregó documentación a los contratantes y en efecto no ha quedado acreditado que se hiciese entrega de documentación alguna. No recuerda tampoco el testigo Director de la Oficina si les entregó a los contratantes detalle de evolución de los subyacentes o histórico y en efecto tampoco ha quedado acreditada tal circunstancia ni en general que se cumpliera por parte de la entidad con los deberes de información exigibles, por más que el Director de la Sucursal haya manifestado que explicó a los contratantes que podían perder su dinero. Tampoco recuerda el Director de la Oficina cómo se estaban desarrollando los subyacentes antes de 2008. Desconoce si los clientes contaban con asesores financieros. Reconoce que entregó el contrato original el mismo día de la firma, y que no sabe cómo clasifica la CNMV los productos estructurados, así como que no sabe cuántas veces a lo largo de la historia ha estado el precio inicial de las acciones fijadas en el contrato por encima de dicho precio. Ciertamente, el desconocimiento de tales datos por parte del Director de la Sucursal de tales datos, como informó el Abogado de la parte actora, hace dudar de que pudiese facilitar la adecuada información sobre el producto de autos, sin perjuicio de que no haya quedado probado que se facilitase tal información.

Por su parte, el testigo D. [REDACTED] ha ratificado que su padre (el aquí demandante) era conductor de guaguas hasta su jubilación y su madre, quien suscribió el contrato junto con su padre (y hoy ya fallecida según certificado de defunción aportado) era ama de casa (como reconoció previamente el testigo Director de la Oficina de BBVA), añadiendo D. [REDACTED] que sus padres carecen de estudios. En el momento de suscribir el contrato "BBVA Multicupón", el demandante tenía 75 años de edad y su esposa 76. Era D. [REDACTED] quien gestionaba las cuentas de sus padres en el momento de la contratación del producto financiero, dado que éstos ya eran mayores y la madre, que era quien se ocupaba de la economía familiar, además había sufrido un ictus. Él mismo (D. [REDACTED]), al igual que lo era su padre antes de jubilarse, es también conductor de guaguas, y sus estudios son Formación Profesional de 2º grado en mecánica y automoción.

Según la declaración de D. [REDACTED] con anterioridad a la firma del contrato que da lugar al supuesto de autos, su padre nunca había suscrito ningún producto financiero de riesgo, siempre había tenido sus ahorros en plazo fijo. El testigo manifiesta asimismo que la cantidad perdida son los ahorros de su padre de toda la vida, que en la casa sólo trabajaba el padre, y que nunca contaron con asesoramiento financiero más allá de la información que les facilitaba el propio banco. Manifiesta que conocía al Director de la sucursal, D. [REDACTED] desde dos o tres meses antes de la suscripción por parte de sus padres del contrato de autos, y que su padre tenía en el BBVA un depósito a plazo fijo de 100.000 euros que había contratado, y que a los 15 ó 20 días de ello le llamó el Director de la Oficina D. [REDACTED] diciéndole a D. [REDACTED] que se pasase por la misma de forma urgente, y cuando éste acudió, D. [REDACTED] le dijo que le ofrecía "otro tipo de plazo fijo en mejores condiciones y más años", ofreciéndole el "Multicupón" como si de un plazo fijo se tratase, diciéndole que el plazo era de 7 años, con un interés mejor, si lo tenía durante todo ese tiempo y que en ningún momento D. [REDACTED] le dijo que podía perder el total del capital, pero como a D. [REDACTED] le pareció que 7 años era mucho tiempo, de los 100.000 euros de sus padres finalmente 50.000 se destinaron al "Multicupón" y los otros 50.000 a un depósito a plazo fijo (de un año, como ha declarado además el testigo Director de la Oficina, suscrito en la misma fecha que el "Multicupón"), dado que sus padres ya eran mayores y podían necesitar sus ahorros antes, siendo ésta la razón por la que no quiso poner los 100.000 euros en lo que él entendía que era un plazo fijo de 7 años. Estima este juzgador a la vista de la prueba practicada así como atendiendo a las máximas de la experiencia que, en efecto, ésta es la razón por la que de los 100.000 euros iniciales, tras la





intermediación del hijo, se destinó por parte del actor 50.000 euros al que resultó ser un auténtico plazo fijo y los otros 50.000 euros al "Multicupón" y no como informó la defensa de la demandada porque fuese conector del riesgo y decidió no arriesgarlo todo, pues tratándose de los ahorros de toda una vida de un asalariado conductor de guaguas y de su esposa, ya con 75 y 76 años de edad y respecto de los que no consta que previamente hubiesen contratado ningún otro producto de semejante riesgo, si en sus previsiones existiera la posibilidad de perder el dinero, aún 50.000 euros (la mitad del importe inicial) sigue siendo una cantidad realmente elevada para ese perfil que, por otra parte, no fue estudiado ni clasificado por la entidad comercializadora del producto, que es la que asesoraba, cuadrando el hecho de haber adoptado tal decisión del actor (arriesgarse a perder la mitad de sus ahorros) con el hecho de que no recibiese la información adecuada por parte de la entidad financiera. Asimismo, llama la atención que no se procediese por parte del actor a la cancelación anticipada (posibilidad prevista en el contrato), sino que se esperase al transcurso de los 7 años, lo que cuadra con la idea de que los contratantes hubiesen contratado incurriendo en el error de creer que se trataba de un depósito a plazo fijo cuando no era así.

Manifiesta asimismo D. [REDACTED] que cuando D. [REDACTED] le explica el producto, no le entrega ningún tipo de documentación, haciéndole entrega sólo del contrato para que los padres lo firmaran (D. [REDACTED] tampoco recordaba haber entregado ninguna documentación, y no consta probado en modo alguno que así se hiciera). El contrato se lo entregó el día de la firma. De este modo, D. [REDACTED] corrobora lo manifestado previamente por el Director de la Oficina, esto es, que a su padre le entregaron el contrato el mismo día de la firma. Además, según ha manifestado el testigo, la madre, Doña [REDACTED] también contratante, estaba encamada, y su padre estaba cuidando de ella, de modo que sólo acudió el padre al banco, pese a que consta también su firma en el contrato, no impugnado de contrario, como es de ver en la página 8 del mismo (doc. 2 de la demanda). Manifiesta asimismo el testigo que el Director de la Oficina, D. [REDACTED] fue el único que le explicó el contrato, pero no le dio ningún ejemplo numérico relacionado con el contrato (D. [REDACTED] no recordaba), no le dio ningún tipo de evolución o previsión de las acciones, no le dijo que el producto se podía cancelar anticipadamente, ni le puso en absoluto ningún ejemplo de cancelación, dejando claro que no pudo negociar nada con el banco, que las condiciones del contrato ya venían impuestas (lo cual resulta evidente de la mera lectura del documento, con espacios predispuestos para ser rellenados con los datos de los contratantes) y que ni a él ni a sus padres se les hizo ningún test de conveniencia o idoneidad, y en efecto tal extremo no ha sido probado por la entidad financiera, a quien corresponde la carga de la prueba de tal extremo en cuanto hecho impeditivo de las pretensiones de la parte actora.

Asimismo, y sin perjuicio de que no ha quedado probado que la entidad financiera facilitase la debida información, el hecho de que fuese la entidad quien se pusiese en contacto para ofrecer el producto no ya a los contratantes sino al hijo de éstos, pone de manifiesto que el contrato, en cuyo EXPONEN I se dice "Que el TITULAR se ha dirigido al Banco solicitándole la constitución de un contrato financiero con unas condiciones concretas..." no se corresponde con la realidad, no siendo más que una fórmula estereotipada y predispuesta.

En resumidas cuentas, se considera probado que la información precontractual se facilitó a persona distinta de los contratantes, en concreto a su hijo, que sin embargo no intervino en la operación como apoderado. No se entregó ni al hijo ni a los contratantes documentación, ni se les puso ejemplos, ni se estudió su perfil inversor, ni se les hizo test alguno de idoneidad. Tanto los contratantes como el hijo, que fue a quien se le ofreció el producto por parte del Banco,





carecen de estudios, no ha quedado acreditado que hubiesen contratado nunca en ningún banco productos financieros de riesgo ni por tanto que tuviesen experiencia en este tipo de asuntos, quedando acreditado que carecen de conocimientos financieros, y que entendieron que el contrato de autos "Multicupón BBVA" era un depósito de dinero a plazo fijo durante 7 años, de modo que la razón de que con fecha 26 de marzo de 2008 los contratantes suscribiesen el contrato "Multicupón" y otro depósito a plazo fijo, a 1 año, destinando 50.000 euros a cada uno de estos productos, es que el Director de la Sucursal había ofrecido al hijo de los contratantes pasar los 100.000 euros que inicialmente se habían depositado a plazo fijo, al Multicupón, y al entender D. [REDACTED] que este producto era un plazo fijo a 7 años, prefirió dejar 50.000 euros en depósito a plazo fijo de un año, por si sus padres necesitaban disponer de ello antes.

**TERCERO.-** La Directiva sobre Mercados e Instrumentos Financieros, más conocida como MiFID, fue incorporada a nuestro ordenamiento mediante la Ley 41/2007, de 19 de diciembre, que modificó la Ley del Mercado de Valores de 1988, y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión. Se trata por tanto de normativa obligatoria a la fecha de suscripción del contrato de autos (26 de marzo de 2008), contrariamente a lo manifestado por el Director de la Sucursal, que manifestó que no realizó test de idoneidad o conveniencia ni a los contratantes ni a su hijo porque dice que "no era obligatorio en esa época".

Pues bien, conforme al art. 78 introducido por el apartado cincuenta del artículo único de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (Vigente hasta el 13 de Noviembre de 2015 y por lo tanto en el momento de la suscripción del contrato del que trae causa este pleito, en cuanto que la fecha de éste es 26 de marzo de 2008), la entidad aquí demandada, en cuanto que prestadora de servicios de inversión, venía obligada al cumplimiento de las normas de conducta contenidas en el correspondiente Capítulo de la citada Ley del Mercado de Valores, así como de los códigos de conducta que, en desarrollo de tales normas, aprobase el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y también las contenidas en sus propios reglamentos internos de conducta.

A estos efectos, establecía el art. 78 bis de la citada Ley del Mercado de Valores que las empresas de servicios de inversión clasificarán a sus clientes en profesionales y minoristas, e igual obligación será aplicable a las demás empresas que presten servicios de inversión respecto de los clientes a los que les presten u ofrezcan dichos servicios. Tendrán la consideración de clientes profesionales aquéllos a quienes se presuma la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos. A continuación, se citaban una serie de perfiles profesionales, no encajando el aquí demandante en ninguno de ellos, debiendo atribírsele por tanto la condición de "minorista" de acuerdo con el apartado 4 del mencionado artículo, que establece que "Se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales". Cabe recordar no obstante que asimismo el Director de la sucursal del BBVA de los Silos, D. [REDACTED] ha manifestado que no clasificó el perfil de los contratantes en ninguna categoría, lo que supone por tanto un incumplimiento de la citada normativa.

El art. 79 de la Ley del Mercado de Valores señalaba 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, en particular, observando las normas*





establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo", y el art. 79 bis de la misma Ley, según redacción en el momento de suscripción del contrato, disponía que "1. Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes. 2. Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. Las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales. 3. A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centros de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. A tales efectos se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes. La información a la que se refiere el párrafo anterior podrá facilitarse en un formato normalizado. La información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias. 4. El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado. Cuando proceda dichos informes incluirán los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente. 5. Las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, con arreglo a lo que establecen los apartados siguientes. 6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de 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. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente. 7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no sea adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o ésta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él. Las advertencias previstas en este apartado se podrán realizar en un formato normalizado".

De la prueba practicada se desprende el incumplimiento de forma generalizada de esta normativa por parte de la entidad demandada, pues, con claro incumplimiento de lo dispuesto en el citado art. 79 de la Ley del Mercado de Valores, en especial su apartado 6 y de su apartado 7, pues no se realizó ningún estudio de idoneidad ni se clasificó a los clientes en ningún perfil y aun así se les recomendó la contratación de un producto complejo (cuya publicidad, como ha manifestado el Director de la Sucursal se limitaba a su ofrecimiento







directo por parte de los empleados de la entidad, al cambiar cada mes los productos comercializados) como es el “Contrato financiero BBVA Multicupón”, consistente, según el propio contrato, en un producto estructurado formado por un depósito a plazo y un derivado financiero, en concreto una estructura de acciones sobre los Activos Subyacentes, según se definen seguidamente.

Como se afirma en la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 20 de enero del 2014, *"ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los 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. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto". La normativa que establece los deberes de información que pesan sobre las entidades financieras, denominada MiFID por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (Markets in Financial Instruments Directive), responde al principio general de que todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Debe, pues, proporcionarse a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar. De otra parte, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad. Hemos dicho en el anterior fundamento que nos encontramos ante un producto complejo, concertado a consecuencia de un servicio de asesoramiento en materia de inversiones, prestado por BBVA a un cliente minorista. En tal caso, es de aplicación el art. 79 bis 6 LMV, de modo que la entidad bancaria debería haber sometido a la cliente al test de idoneidad previsto en dicho precepto. La entidad financiera que presta este tipo de servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan. (...). Mediante el test de conveniencia, la entidad bancaria ha de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar. Mediante el test de idoneidad, la entidad debe hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto". En el presente caso, además de no haberse realizado tal test, ha quedado además acreditado, tras la valoración conjunta de la prueba practicada, que el producto fue ofrecido al hijo de los contratantes, y ni siquiera ha quedado probado que la información ofrecida a éste ni tampoco a los padres, que en definitiva era quienes arriesgaban su dinero, fuese clara y rotunda en el sentido de que podían perderlo, llamando asimismo la atención que en el acto de la audiencia previa celebrada el día 16 de noviembre de 2016 por la parte demandada se solicitase como prueba a practicar en el acto del juicio la declaración testifical de D. [REDACTED] (el hijo), a quien la Abogada de la parte demandada interrogó profusamente sobre su comprensión del contrato, pero no se propuso*





como prueba en la audiencia previa el interrogatorio de la parte actora, D. [REDACTED] que junto con su fallecida esposa eran quienes debían comprender el contenido del contrato.

No ha quedado probado, por tanto, que se haya cumplido también con lo dispuesto en el art. 60 del Real Decreto 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 y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, que se refiere a la condiciones que debe cumplir la información para ser imparcial, clara y no engañosa, estableciendo que

*"1. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis.2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, toda información, incluidas las comunicaciones publicitarias, dirigida a clientes minoristas, incluidos los clientes potenciales, o difundida de tal manera que probablemente sea recibida por los mismos, deberá cumplir las condiciones establecidas en este artículo. En particular:*

- *a) La información deberá incluir el nombre de la entidad que presta los servicios de inversión.*
- *b) La información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible.*
- *c) La información será suficiente y se presentará de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios.*
- *d) La información no ocultará, encubrirá o minimizará ningún aspecto, declaración o advertencia importantes".*

Ni tampoco se ha cumplido con lo dispuesto en el art. 64, referido a la información sobre los instrumentos financieros, que señala que:

*"1. Las entidades que prestan servicios de inversión deberán proporcionar a sus clientes, incluidos los potenciales, 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. En la descripción se deberá incluir 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 fundadas.*

*2. En la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, 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".*

**CUARTO.-** Es sabido que para que el contrato, cualquiera que sea su clase o naturaleza, se perfeccione, es preciso que los contratantes emitan su consentimiento de modo libre, voluntario y suficientemente informado a tenor de lo dispuesto en los artículos 1254, 1258, 1261.1º y 1262 del Código Civil, de forma que, si aquél existe pero se ha prestado por error, violencia, intimidación o dolo, el negocio jurídico devenga anulable, según se dispone en los artículos 1265 y 1266 en relación con los artículos 1300 y siguientes del mismo Código. Ahora bien, para que el error invalide el consentimiento es preciso que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones o características de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, y, además que sea esencial. La carencia de alguna de esas condiciones o la falta de información cuando esta sea precisa, son las que de modo primordial, determinan que el vicio del consentimiento siempre que el mismo sea excusable, es decir que no pueda ser evitado por quien lo padeció conforme a una diligencia media o regular que, en ámbitos como el presente, descansa en la confianza y fiabilidad que le merece el oferente (Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2006, 13 de febrero de 2007, 17 de junio y 12 de noviembre de 2010). En definitiva, el error invalidante del contrato existe cuando se genera una representación equivocada de la base negocial sobre la que descansa el contrato, por una creencia inexacta o no explicada de un elemento relevante del mismo que, por ello, es desconocido y que de haberlo conocido la parte seguramente no lo hubiera perfeccionado.

Respecto del deber de información sobre los productos bancarios y las consecuencias de su incumplimiento por la entidad, desde la Sentencia del Tribunal Supremo 840/2013 se fijó, tras analizarse en ella la reiterada doctrina de esta Sala sobre los requisitos del error vicio de consentimiento, la doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento de ese deber en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando hay un servicio de asesoramiento financiero, doctrina que se reitera en sucesivas Sentencias, como la 741/2015, y que puede resumirse en los puntos siguientes:

- 1. El incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.*
- 2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el swap.*
- 3. La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMNV) 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 el incumplimiento del deber de información.*





4. *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 minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en qué consiste el error, le es excusable al cliente.*

5. *En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo este tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo, y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo".*

En el presente caso, se considera que ha existido un error en los contratantes actor y su difunta esposa, inducido por la entidad demandada, pues si bien el incumplimiento de la obligación de facilitar la información precontractual no determina sin más la existencia de error, sí que tal circunstancia unida al perfil de los contratantes (conductor de guaguas y ama de casa) unido a que la entidad demandada no realizó test de idoneidad o conveniencia, no los calificó en ningún perfil y aun así les ofreció un producto de comercialización restringida a ofrecimiento por parte de los empleados de la entidad, y además la preparación del contrato se llevó a cabo no con los propios contratantes, sino con su hijo, carente también de conocimientos financieros. Puede observarse asimismo la firma temblorosa de la contratante DOÑA [REDACTED] en la página 8 del contrato para comprobar que el trazo y la caligrafía no son propios de una persona en condiciones de comprender el significado de las 8 páginas antecedentes ni de las 5 de anexo subsiguientes. Por todo ello, el hecho de que en el contrato se haya hecho constar con letra negrita advertencias tales como que el TITULAR podría llegar a perder el 100% del importe invertido, no obsta para que el bajo nivel cultural y sin experiencia inversora de los contratantes unido al incumplimiento por parte de la entidad de la normativa en materia de facilitación de información precontractual, que no se facilitó a los contratantes sino a su hijo, de modo que los contratantes acudieron únicamente a firmar el contrato privado, quizás confiando ciegamente en lo que les proponía su hijo, sin que conste que éste a su vez hubiera comprendido el sentido de las cláusulas del contrato, pudiendo asimismo inducir a error a sus padres, respecto de los que tan siquiera ha quedado probado que hayan podido examinar y leer detenidamente y con el grado de comprensión necesario los 13 folios de que el mismo consta, incluyendo numerosa terminología jurídica y fórmulas matemáticas complejas, determina que quepa apreciar la existencia de error en su consentimiento y por tanto declarar la nulidad del contrato con las consecuencias inherentes a ello.

A mayor abundamiento, cabe señalar que aunque se afirma en el contrato con letra de naturaleza preimpresa, estándar, adhesivo, lo primero que se hace constar es que los TITULARES son quienes se han dirigido al banco "solicitándole la constitución de un contrato financiero con unas condiciones, tanto en lo que afecta al plazo como a la particular forma de remuneración de dicho contrato financiero", ha quedado acreditado que es el Director de la Sucursal quien se dirigió no a los que figuran en el contrato como titulares (el demandante y su fallecida esposa) sino al hijo de éstos. Asimismo, en el Exponen II del contrato se define el producto como de carácter complejo, mixto, formado por un "depósito a plazo" y un derivado





financiero. Por ello, como se afirma en la Sentencia núm. 170/2014 de 23 junio de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 4ª) en la que se resuelve un supuesto ciertamente similar y relativo al mismo producto financiero "BBVA Multicupón", conteniendo doctrina plenamente aplicable al caso que nos ocupa, con cita de la Sentencia de 31 de marzo de 2.014 de la Audiencia Provincial de Alicante, sección octava, tal presentación puede asimismo inducir a un primer error, el hecho de que el cliente lo percibe como un "depósito a plazo", con las connotaciones que ello conlleva en el sentido de que transcurrido el plazo convenido (aquí 7 años, esto es, el 26 de marzo de 2015) recuperará el dinero invertido (aquí 50.000 euros) y ello con independencia de la rentabilidad que obtenga durante la vigencia del contrato, siendo a esa rentabilidad a la que viene referida la expresión de "derivado financiero". Y es que basta con leer el contrato de autos para apreciar, como se afirmara en la Sentencia núm. 170/2014 de 23 junio de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 4ª) antes referida y referida también a un contrato "BBVA Multicupón" *"su carácter complejo, oscuro, confuso, pues en definitiva la determinación de la cuantía a percibir por el cliente así como la valoración de si tiene derecho a devengar los intereses convenidos, en alguna de las fechas pactadas, queda supeditado a un complejo cúmulo de operaciones matemáticas -restas, multiplicaciones, divisiones- que exigen una previa, cabal, detallada información por parte de la entidad crediticia, realizando simulaciones explicativas de todas las posibilidades existentes, incluso las más perjudiciales para el cliente como podía ser la apuntada pérdida de ese cien por cien del capital "depositado", pues sólo así el cliente puede suscribir el contrato con conocimiento del riesgo que asume"*.

Por lo expuesto, aunque en el texto del contrato que aquí nos ocupa haga claramente referencia al elevado riesgo del mismo; a que la rentabilidad de la inversión está vinculada a la evolución bursátil de las acciones subyacentes que componen el fondo y aunque en el texto afirma que los contratantes han hecho su propia evaluación del producto, reconociendo la referida complejidad, como afirma la Audiencia Provincial de Madrid en un supuesto también ciertamente similar (Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª) Sentencia núm. 190/2015 de 29 mayo, *"es lo cierto que la demandada, como era su obligación (art. 217 de la L.E.C.), no probó haber cumplido el deber de información que le imponía la precitada normativa bancaria cuidando de los intereses de su clienta como si fueran propios, porque al margen del referido contenido del contrato, nunca probó, que antes de la firma del mismo, hubiera asesorado y entregado a la actora la necesaria información para que esta calibrara previamente el contrato que suscribía. No basta con que el contrato mismo contenga la información necesaria para sopesar su riesgo, sino que es además preciso que la información se suministre antes de su firma. Estamos pues ante un error inducido por la contraparte, que ante la falta de información se convierte en excusable. La misma interpretación efectuada por el T.S.J.U.E. de 30 de mayo de 2013 (aun referida a los swaps) respecto al asesoramiento en materia de inversión, que se establece en el art. 4, apartado 1, punto 4º de la directiva MIFID, con la evaluación prevista en el art. 19 apartado 4º de la Directiva (respecto a la evaluación de la idoneidad y conveniencia), en el sentido de que deben ser objeto de interpretación estricta las excepciones al sistema de evaluaciones, protegen a los inversionistas de estos productos, de manera que el objetivo fundamental de la citada Directiva resulta plenamente aplicable al caso"*.

Existiendo vicio de error en el consentimiento, debe operar el art. 1303 del Código Civil, que establece 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", con la finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador.

**QUINTO.-** Las costas, por aplicación del art. 394 LEC, deben ser impuestas a aquella parte cuyas pretensiones no hubieren encontrado favorable acogida, sin que se aprecien en el caso de autos circunstancias especiales que justifiquen su no imposición.

Por los fundamentos jurídicos expuestos y demás de general y pertinente aplicación,

### FALLO

**ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA** interpuesta por la Procuradora Dña. ESTHER MARTIN GARCIA, en nombre y representación de D. [REDACTED] frente a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., **DECLARO LA NULIDAD del "Contrato Financiero BBVA Multicupón"** celebrado entre las partes el día 26 de marzo de 2008 por vicio de error en el consentimiento, con obligación de las partes contratantes de restituirse lo que hayan percibido y en consecuencia se condena a la entidad demandada a restituir al actor la cantidad de 34.423 euros (TREINTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS VEINTITRÉS EUROS) más los intereses legales, así como las comisiones y gastos cargados en la cuenta corriente del actor como consecuencia del mencionado contrato, debiendo devolver igualmente la parte actora las prestaciones y acciones recibidas.

Se condena a la demandada al abono de las costas procesales.

**MODO DE IMPUGNACIÓN.-** Contra esta resolución cabe interponer, ante este Juzgado, RECURSO DE APELACIÓN en el plazo de los 20 días siguientes a la notificación de la presente resolución, para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial, según lo previsto en el artículo 458 de la LEC.

Notifíquese esta sentencia a las partes en la forma legalmente prevista.

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

**PUBLICACIÓN.-** Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. JUEZ que la dictó, estando el mismo celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia doy fe, en Icod de los Vinos, a 1 de septiembre de 2016.





**Mensaje LexNET - Notificación**

Mensaje

<b>IdLexNet</b>	201610113680251	
<b>Asunto</b>	Procedimiento Ordinario	
<b>Remitente</b>	<b>Órgano</b>	JDO. 1A. INST. E INSTRUCCION N. 1 de Icod de los Vinos, Santa Cruz de Tenerife [3802241001]
	<b>Tipo de órgano</b>	JDO. PRIMERA INST./INSTRUCCIÓN
	<b>Oficina de registro</b>	OF. REGISTRO Y REPARTO 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN [3802241000]
<b>Destinatarios</b>	<b>Colegio de Procuradores</b>	Ilustre Colegio de Procuradores de Tenerife
	MARTIN GARCIA, ESTHER [323]	
	<b>Colegio de Procuradores</b>	Ilustre Colegio de Procuradores de Tenerife
<b>Fecha-hora envío</b>	07/09/2016 08:47	
<b>Documentos</b>	Caratula.pdf(Principal) Hash del Documento: 91dedacb452527a244d6a450164ab8cb16348ff3	
	Adjunto1.pdf(Anexo) Hash del Documento: 95bfbfdd8b60eab433fde1b1b6e9efb94f461c09	
<b>Datos del mensaje</b>	<b>Procedimiento destino</b>	Procedimiento Ordinario Nº 0000207/2015

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
07/09/2016 12:24	MARTIN GARCIA, ESTHER [323]-Ilustre Colegio de Procuradores de Tenerife	LO RECOGE	
07/09/2016 09:42	Ilustre Colegio de Procuradores de Tenerife (Icod de los Vinos) (Icod de los Vinos)	LO REPARTE A	MARTIN GARCIA, ESTHER [323]-Ilustre Colegio de Procuradores de Tenerife

(\*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.

Referencias Procurador	
Mi Ref	7942
Cliente	[REDACTED]
Contrario	BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA,S.A
Abogado	CARLOS GOMEZ SIRVENT C/ AGUERE 15 TORRES DE CRISTAL TORRE 3 BAJO D 38005 LOCAL 14 S/C DE TENERIFE