



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 49 DE MADRID

Calle Rosario Pino 5 , Planta 3 - 28020

Tfno: 914438002

Fax: 915804440

42020310

NIG: 28.079.00.2-2020/0097141

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 598/2020

Materia: Resto de acciones individuales sobre condiciones generales de la contratación

Demandante: D./Dña. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

PROCURADOR D./Dña. ANA LAZARO GOGORZA

Demandado: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.

PROCURADOR D./Dña. ANA MARIA ESPINOSA TROYANO

SENTENCIA Nº 173/2021

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. OLGA MARTON FRESNEDO

Lugar: Madrid

Fecha: siete de mayo de dos mil veintiuno

VISTOS por mí, Olga Cristina Martón Fresnedo, Juez del Juzgado de Primera Instancia número 49 de Madrid, los autos de juicio ordinario 598/2020, siendo parte demandante xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx , representada por la Procuradora Sra. Lázaro Gogorza y asistida por el Letrado Sr. Rodríguez de Brujón y Fernández, y parte demandada BBVA, SA, representada por la Procuradora Sra. Espinosa Troyano y asistido por la Letrada Sra. Díez-Hochleitner González.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha de 13 de mayo de 2020 ingresó en este Juzgado, demanda de juicio ordinario interpuesta por la parte actora contra la demandada, en la que se solicitaba Sentencia por la que:

1.- Con carácter principal, se declare el carácter abusivo y, en consecuencia, la nulidad de la disposición denominada “Comisiones de gestión estándar aplicables al presente contrato”, que obra en el anexo II del contrato de gestión de cartera de fecha 14 de julio de 2014, CONDICIONES PARTICULARES DEL CONTRATO – TIPO DE GESTIÓN DESCRECIONAL E INDIVIDUALIZADA DE CARTERAS DE INVERSIÓN. Concretamente el carácter abusivo y la nulidad de la modificación realizada por BBVA en fecha 1 de enero de 2018, relativa al nuevo modo de calcular las comisiones aplicables al contrato consistentes en aplicar una nueva tarifa de pago de dos comisiones diferenciadas en vez de una: la primera, anual, calculada en función del V.E.C., con aplicación por trimestres vencidos en base a las escalas por saldo detalladas en el documento; y la segunda, similar a la que se había mantenido hasta ese momento, basada en la revalorización anual de la cartera gestionada, pero reduciendo el porcentaje a aplicar del 10% inicial al 5% definitivo, todo ello con los efectos inherentes a tal declaración de conformidad con el art. 1303 CC.





2.- Subsidiariamente, se declare que BBVA fue negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de seguimiento de la inversión e información permanente como asesor de inversiones gestor de la cartera del cliente y custodio de la misma y, al amparo del artículo 1101 del CC, se le condene a indemnizar al actor por los daños y perjuicios causados, equivalentes a las comisiones cobradas ilegítimamente al cliente en aplicación de unas nuevas condiciones y unas tablas de comisiones modificadas y aplicadas unilateralmente por el BBVA el 1 de enero de 2018, sin haberse informado al cliente ni habersele comunicado el cambio de las mismas y sin haberlas negociado previamente con el cliente, las cuales ascienden a 4.702,65 euros, más los intereses legales desde la fecha de su cargo en cuenta hasta la efectiva devolución de las mismas.

3.- Se condene en costas a la parte demandada.

Por Decreto de 29 de septiembre de 2020 se admitió a trámite la demanda, emplazando a la parte demandada para que compareciera y contestara la demanda en un plazo de 20 días.

Por escrito de 29 de diciembre de 2020 la parte demandada se opuso a la demanda, solicitando su íntegra desestimación con condena en costas a la actora.

Segundo.- Por Diligencia de Ordenación de 17 de febrero de 2021 se convocó a las partes a la audiencia previa en fecha 4 de marzo de 2021 a las 12.30 horas.

En dicha audiencia previa las partes propusieron pruebas, siendo admitidas las declaradas útiles y pertinentes, difiriéndose su práctica para la celebración del juicio, que tuvo lugar el 20 de abril de 2021 a las 12 horas.

El acto se redujo a prueba testifical y a la evacuación de conclusiones por los Letrados, declarándose a continuación el juicio concluso para dictar sentencia.

Tercero.- En este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Ejercita la parte actora, principalmente, acción de nulidad de nulidad de la modificación realizada por BBVA en fecha 1 de enero de 2018, relativa al nuevo modo de calcular las comisiones aplicables al contrato de fecha 10 de julio de 2014 suscrito entre las partes,

Alega que en fecha 10 de julio de 2014, por iniciativa de la entidad bancaria, y dada la confianza que la demandante tenía en el personal de la misma, se le sugirió firmar un contrato de Banca Privada, por lo que suscribió los siguientes contratos:

- 1.- Contrato de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión.
- 2.- Contrato de cuenta corriente.
- 3.- Contrato de custodia y administración de valores.

En virtud del primero de los contratos, la actora autorizaba a BBVA a efectuar todas las operaciones mercantiles necesarias para la adquisición de los activos en nombre del cliente y se pactó una comisión de cero euros. A pesar de ello, se ha estado cobrando comisiones a la actora. Se pactó asimismo que el banco informaría al cliente de cualquier modificación que se produzca en las tarifas de comisiones y gastos y también que dichas comunicaciones se realizarían por escrito en el domicilio sito en Madrid, C/xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

Mediante el tercer contrato, las partes se sometían a los requisitos de información de la Ley del Mercado de Valores. Las comunicaciones tenían que





realizarse por escrito en los domicilios indicados. Se estipuló que el Banco podía modificar las condiciones contractuales mediante comunicación a los titulares.

El perfil de que tiene 77 años, es de cliente minorista, con nulos conocimientos financieros ni de productos bancarios. El Banco tenía que haber informado a la actora del contenido del contrato, de las comisiones que se le iban a cobrar y de los cambios unilaterales que el Banco podía realizar, para que fuera consciente de los costes que le iba a suponer pasar de la banca ordinaria a la privada.

Desde enero de 2018 el Banco cambió de forma unilateral las condiciones del contrato, pues le habían estado cobrando a como comisión de gestión una comisión trimestral del 1% más IVA sobre el importe invertido, y todo ello sin haber informado al cliente ni haberlo consentido éste. El importe cobrado en concepto de comisiones indebidas asciende a 4.702,65 euros, que supone el perjuicio causado a la cliente por no haber sido debidamente informada por la entidad bancaria.

Alega la parte demandada que, tanto la existencia de comisiones como el cambio en las mismas le fue debidamente informado a xxxxxxxxxxxxxx y a su hijo.

La demandante, antes de la suscripción del contrato y acompañada por su hijo, D. xxxxxxxxxxxxxx, se reunió en diversas ocasiones con empleados de BBVA y fue la actora la que tomó, de forma unilateral, la decisión de contratar una cartera de inversión.

En el punto 2º de la cláusula 8 del Anexo IV de las Condiciones Generales del Contrato se preveía expresamente la notificación, por parte del banco, de cualquier cambio que pudiera existir en las comisiones inicialmente pactadas y en una de las reuniones mensuales que mantenían los asesores de BANKIA con xxxxxxxx y su hijo, se les informó de la modificación que se iba a producir y de cómo le iba a afectar; de hecho, estuvo abonando las comisiones hasta finales de 2019.

Señala también la demandada que D. xxxxxxxx, hijo de la demandante, es un cualificado profesional con seis cargos en sociedades y que en todo momento ayudó y asesoró a.....

Por lo tanto, no concurre causa alguna de nulidad en relación al cambio de las comisiones, al haber actuado el banco con la debida transparencia y xxxxxx entendió y consintió expresamente la posibilidad de la modificación de las comisiones incluida en el Anexo IV del contrato.

Segundo.- A juicio de este tribunal, la controversia se reduce a la existencia o no de comunicación escrita a xxxxxxxxxxxx de la modificación de las comisiones, a cuyo envío estaba obligado el banco por haberse pactado de ese modo en el contrato y/o de la debida información a la misma sobre dicho cambio y sus consecuencias, así como el carácter abusivo de la citada modificación.

En el acto de juicio han declarado dos empleadas de BBVA.

La primera de ellas, Doña xxxxxxxxxxxxxx, asesora privada de xxxxxx desde 2014, que declaró que se le ofrecieron diversas opciones y la actora eligió la que más le convenía. xxxxxxxx quería un producto con bajo riesgo. Latestigo se reunía periódicamente con la actora y con su hijo pero en las reuniones no hablaron sobre las comisiones. BBVA modificó las comisiones con efectos del 1 de enero de 2018. Se envió una carta a la cliente y después se pusieron en contacto con el Banco, siendo la testigo la que informó personalmente a xxxxxxxx. Cuando se quejó la actora de las comisiones, se le ofrecieron otras soluciones y finalmente optó por la cartera asesorada. xxxxxxxx carecía de conocimientos financieros y el cambio de condiciones fue impuesta por el banco. El perfil de la cliente era conservador y el producto era complejo.





En segundo lugar declaró Doña xxxxxxxxxxxx , que fue también gestora de xxxxx , con la que se reunió en diversas ocasiones. Es cierto que se quejó de las comisiones. La actora tenía un perfil de riesgo conservador. No se le plantearon alternativas a xxxxxxxxxxxx; solamente le explicaron cómo funcionaban las comisiones y ella dijo que iba a pensarlo. Desconoce cuáles fueron las pérdidas de la cliente.

Partiendo de la premisa de que a BBVA incumbe la carga de probar que comunicó por escrito y de forma fehaciente a la actora el cambio en las comisiones y si suministró la información necesaria para que su cliente pudiera conocer dicha modificación y sus consecuencias, perjudicando a BBVA la falta de prueba (art. 217 de la LEC), debe llegarse a la conclusión de que la parte demandada infringió sus deberes de información y transparencia, por cuanto que no se ha acreditado la comunicación escrita fehaciente realizada a la cliente, a cuya remisión estaba obligada la entidad bancaria. Existe, además, una contradicción entre el relato de la demanda y la declaración testifical, por cuanto que en la demanda se dice que se informó a la cliente en una reunión, y la testigo Sra. Xxxxxxxxxx manifiesta que la comunicación fue enviada y xxxxxxxx la recibió, siendo la Sra. Xxxxxxx la que informó a la actora de dicha modificación y de cómo le afectaría.

Es evidente que la prueba practicada a instancias de BBVA no es suficiente para acreditar que ha cumplido con sus deberes de información y transparencia en lo que se refiere al cambio de las comisiones, pues solamente presenta al juicio dos testigos que son empleadas de la entidad y cuya imparcialidad no es la deseada, pudiendo haber llamado al proceso a la propia xxxxxxxx e incluso a su hijo, Don xxxxxxx , al que considera la actora más preparado para entender los conceptos financieros, pues sus declaraciones podrían haber aportado luz a la cuestión controvertida; sin embargo, no ha propuesto sus declaraciones.

Tampoco consta en autos la comunicación escrita enviada ni su recepción por parte de la cliente. En definitiva, BBVA no ha aportado ni propuesto ninguna prueba para acreditar el cumplimiento de los deberes antes indicados.

Tercero.- Por tanto, los factores antes indicados determinan la presunción de falta de conocimiento que determina la existencia de error invalidante esencial y excusable en la demandante por lo que debe estimarse la pretensión de nulidad postulada por ella.

Sobre la existencia de este tipo de vicio del consentimiento, la STS 19/05/2016 ya reseñada afirma que la Sala tiene declarado «*que en este tipo de contratos sobre productos financieros complejos y de riesgo, la normativa reguladora del mercado de valores es fundamental para determinar si el error es sustancial y excusable, puesto que establece para las empresas que operan en el mercado financiero una obligación de información a los clientes con estándares de claridad e imparcialidad muy elevados, y determina los extremos sobre los que ha de versar tal información (fundamentalmente, naturaleza y riesgos del producto, y posibles conflictos de interés). Por tanto, si no se da esa información y el cliente incurre en error sobre esos extremos sobre los que debió ser informado, el error puede considerarse sustancial, pues recae sobre los elementos esenciales que determinaron la prestación de su consentimiento.*

»Asimismo, en estas circunstancias, el error ha de considerarse excusable y, por tanto, invalidante del consentimiento. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de imparcialidad, exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba





y asesoraba. Como declaramos en las sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 460/2014, de 10 de septiembre, «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta 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 que consiste el error, le es excusable al cliente».

»Cuando no existe la obligación de informar, no puede imputarse el error a la conducta omisiva de una de las partes porque no facilitó la información a la contraria, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de la naturaleza y los riesgos de los productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada, en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma imparcial, veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico».

Finalmente, también recuerda la Sala en esta sentencia que «como ya declaramos en las sentencias 244/2013, de 18 de abril y 769/2014, de 12 de enero de 2015, entre otras, la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad, por lo que tampoco pueden considerarse correctas las afirmaciones de la sentencia respecto de que el cliente pudo pedir las aclaraciones precisas y que el error es inexcusable puesto que firmó sin comprender el contrato. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes no profesionales del mercado financiero y de inversión quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante y pese a no entender la compleja descripción del producto financiero contratado, podía confiar legítimamente que se trataba del producto que le interesaba, que le cubriera frente a las subidas de los tipos de interés y que no implicara riesgos de los que no hubiera sido informado adecuadamente».

Cuarto.- Sobre la cuestión de si la demandante habría realizado actos de aceptación y confirmación del cambio de las comisiones realizado unilateralmente por el banco porque fue pagando las mismas sin formular protesta, lo que habría convalidado en su momento el error del consentimiento invocado, debe desestimarse esta causa de oposición porque, como indica la STS 01/02/2016 (RC n.º 2791/2011), «en cuanto a los supuestos actos propios de las demandantes, que implicarían la prestación tácita del consentimiento, tenemos ya afirmado en numerosas resoluciones





que, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria», por lo que no es de aplicación, según la Sala, «la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1, 1.310, 1.311 y 1.313 del Código Civil».

Por todo lo anterior, debe estimarse la acción de nulidad por no superar la modificación operada en las comisiones el control de transparencia ni haber ofrecido el banco la suficiente información, habiendo impuesto dicha modificación al cliente sin posibilidad de negociación alguna por parte del mismo, lo que hace innecesario examinar la otra acción también ejercitada.

Quinto.- Dispone el **artículo 1300 del CC** que “*los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley*”.

Dispone el **artículo 1303 del CC** que “*declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes*”.

Como consecuencia de la declaración de nulidad antes realizada, procede dejar sin eficacia lo ejecutado durante la vigencia de la modificación de las comisiones practicada por el banco, con la obligación de las partes de restituirse las cantidades, con los incrementos pertinentes de aplicación del **interés** legal, correspondientes a los pagos efectuados desde la fecha de dichos pagos hasta la de esta Sentencia, más el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de esta Sentencia hasta el pago completo de las cantidades recíprocamente adeudadas.

Sexto- Siendo totalmente estimatoria la Sentencia, procede imponer las costas del procedimiento a la parte demandada, conforme al **artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/00**.

VISTOS los preceptos citados y demás de aplicación,

en nombre de S.M. el Rey,

FALLO que debo estimar y estimo totalmente la demanda formulada por la representación xxxxxxxxxxxx contra BBVA, SA y, en su virtud, debo declarar el carácter abusivo y, en consecuencia, la nulidad de la disposición denominada “Comisiones de gestión estándar y aplicables al presente contrato”, que obra en el Anexo II del contrato de gestión de cartera de fecha 14 de julio de 2014, CONDICIONES PARTICULARES DEL CONTRATO – TIPO DE CARTERAS DE INVERSIÓN y, en contrato, el carácter abusivo y la nulidad de la modificación realizada por BBVA, en fecha 1 de enero de 2018, relativa al nuevo modo de calcular las comisiones aplicables al contrato, con la obligación de las partes de restituirse las cantidades, con los incrementos pertinentes de aplicación del **interés** legal, correspondientes a los pagos efectuados desde la fecha de dichos pagos hasta la de esta





Sentencia, más el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de esta Sentencia hasta el pago completo de las cantidades recíprocamente adeudadas.

Procede imponer las costas del procedimiento a la parte demandada.

Notifíquese a las partes, que en un plazo de veinte días podrán interponer recurso de apelación contra esta Sentencia ante este Juzgado, que será sustanciado conforme a la LEC 1/00 y resuelto por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid.

A estos efectos, y de conformidad con la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se indica a las partes la necesidad de constituir un depósito de 50 euros para recurrir la presente resolución, en la oportuna entidad de crédito y en la Cuenta de depósitos y Consignaciones abierta a nombre de este Juzgado, previa a la preparación del recurso, debiendo dicha constitución ser acreditada por la parte y verificada por el Letrado de la Administración de Justicia, dejando constancia de ello en autos.

Así, por esta mi Sentencia de la que se expedirá por el Letrado de la Administración de Justicia de este Juzgado certificación literal para su unión a los autos, juzgando en primera instancia, lo acuerdo, mando y firmo.

El/la Juez/Magistrado/a Juez

Publicación. Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Sra. Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia Proc. Ordinario firmado electrónicamente por OLGA MARTON FRESNEDO



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 49 DE MADRID

Calle Rosario Pino 5 , Planta 3 - 28020

Tfno: 914438002

Fax: 915804440

42020310

NIG: 28.079.00.2-2020/0097141

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 598/2020

Materia: Resto de acciones individuales sobre condiciones generales de la contratación

Demandante: D./Dña. Juana Maria Puig Eyre

PROCURADOR D./Dña. ANA LAZARO GOGORZA

Demandado: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.

PROCURADOR D./Dña. ANA MARIA ESPINOSA TROYANO

SENTENCIA Nº 173/2021

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. OLGA MARTON FRESNEDO

Lugar: Madrid

Fecha: siete de mayo de dos mil veintiuno

VISTOS por mí, Olga Cristina Martón Fresnedo, Juez del Juzgado de Primera Instancia número 49 de Madrid, los autos de juicio ordinario 598/2020, siendo parte demandante DOÑA JUANA MARÍA PUIG EYRE, representada por la Procuradora Sra. Lázaro Gogorza y asistida por el Letrado Sr. Rodríguez de Brujón y Fernández, y parte demandada BBVA, SA, representada por la Procuradora Sra. Espinosa Troyano y asistido por la Letrada Sra. Díez-Hochleitner González.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha de 13 de mayo de 2020 ingresó en este Juzgado, demanda de juicio ordinario interpuesta por la parte actora contra la demandada, en la que se solicitaba Sentencia por la que:

1.- Con carácter principal, se declare el carácter abusivo y, en consecuencia, la nulidad de la disposición denominada “Comisiones de gestión estándar aplicables al presente contrato”, que obra en el anexo II del contrato de gestión de cartera de fecha 14 de julio de 2014, CONDICIONES PARTICULARES DEL CONTRATO – TIPO DE GESTIÓN DESCRECIONAL E INDIVIDUALIZADA DE CARTERAS DE INVERSIÓN. Concretamente el carácter abusivo y la nulidad de la modificación realizada por BBVA en fecha 1 de enero de 2018, relativa al nuevo modo de calcular las comisiones aplicables al contrato consistentes en aplicar una nueva tarifa de pago de dos comisiones diferenciadas en vez de una: la primera, anual, calculada en función del V.E.C., con aplicación por trimestres vencidos en base a las escalas por saldo detalladas en el documento; y la segunda, similar a la que se había mantenido hasta ese momento, basada en la revalorización anual de la cartera gestionada, pero reduciendo el porcentaje a aplicar del 10% inicial al 5% definitivo, todo ello con los efectos inherentes a tal declaración de conformidad con el art. 1303 CC.





2.- Subsidiariamente, se declare que BBVA fue negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de seguimiento de la inversión e información permanente como asesor de inversiones gestor de la cartera del cliente y custodio de la misma y, al amparo del artículo 1101 del CC, se le condene a indemnizar al actor por los daños y perjuicios causados, equivalentes a las comisiones cobradas ilegítimamente al cliente en aplicación de unas nuevas condiciones y unas tablas de comisiones modificadas y aplicadas unilateralmente por el BBVA el 1 de enero de 2018, sin haberse informado al cliente ni habersele comunicado el cambio de las mismas y sin haberlas negociado previamente con el cliente, las cuales ascienden a 4.702,65 euros, más los intereses legales desde la fecha de su cargo en cuenta hasta la efectiva devolución de las mismas.

3.- Se condene en costas a la parte demandada.

Por Decreto de 29 de septiembre de 2020 se admitió a trámite la demanda, emplazando a la parte demandada para que compareciera y contestara la demanda en un plazo de 20 días.

Por escrito de 29 de diciembre de 2020 la parte demandada se opuso a la demanda, solicitando su íntegra desestimación con condena en costas a la actora.

Segundo.- Por Diligencia de Ordenación de 17 de febrero de 2021 se convocó a las partes a la audiencia previa en fecha 4 de marzo de 2021 a las 12.30 horas.

En dicha audiencia previa las partes propusieron pruebas, siendo admitidas las declaradas útiles y pertinentes, difiriéndose su práctica para la celebración del juicio, que tuvo lugar el 20 de abril de 2021 a las 12 horas.

El acto se redujo a prueba testifical y a la evacuación de conclusiones por los Letrados, declarándose a continuación el juicio concluso para dictar sentencia.

Tercero.- En este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Ejercita la parte actora, principalmente, acción de nulidad de nulidad de la modificación realizada por BBVA en fecha 1 de enero de 2018, relativa al nuevo modo de calcular las comisiones aplicables al contrato de fecha 10 de julio de 2014 suscrito entre las partes,

Alega que en fecha 10 de julio de 2014, por iniciativa de la entidad bancaria, y dada la confianza que la demandante tenía en el personal de la misma, se le sugirió firmar un contrato de Banca Privada, por lo que suscribió los siguientes contratos:

- 1.- Contrato de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión.
- 2.- Contrato de cuenta corriente.
- 3.- Contrato de custodia y administración de valores.

En virtud del primero de los contratos, la actora autorizaba a BBVA a efectuar todas las operaciones mercantiles necesarias para la adquisición de los activos en nombre del cliente y se pactó una comisión de cero euros. A pesar de ello, se ha estado cobrando comisiones a la actora. Se pactó asimismo que el banco informaría al cliente de cualquier modificación que se produzca en las tarifas de comisiones y gastos y también que dichas comunicaciones se realizarían por escrito en el domicilio sito en Madrid, C/ Valladolid, 71, 2º B.

Mediante el tercer contrato, las partes se sometían a los requisitos de información de la Ley del Mercado de Valores. Las comunicaciones tenían que





realizarse por escrito en los domicilios indicados. Se estipuló que el Banco podía modificar las condiciones contractuales mediante comunicación a los titulares.

El perfil de la Sra. Puig, que tiene 77 años, es de cliente minorista, con nulos conocimientos financieros ni de productos bancarios. El Banco tenía que haber informado a la actora del contenido del contrato, de las comisiones que se le iban a cobrar y de los cambios unilaterales que el Banco podía realizar, para que fuera consciente de los costes que le iba a suponer pasar de la banca ordinaria a la privada.

Desde enero de 2018 el Banco cambió de forma unilateral las condiciones del contrato, pues le habían estado cobrando a la Sra. Puig como comisión de gestión una comisión trimestral del 1% más IVA sobre el importe invertido, y todo ello sin haber informado al cliente ni haberlo consentido éste. El importe cobrado en concepto de comisiones indebidas asciende a 4.702,65 euros, que supone el perjuicio causado a la cliente por no haber sido debidamente informada por la entidad bancaria.

Alega la parte demandada que, tanto la existencia de comisiones como el cambio en las mismas le fue debidamente informado a la Sra. Puig y a su hijo.

La demandante, antes de la suscripción del contrato y acompañada por su hijo, D. Juan José Sánchez Puig, se reunió en diversas ocasiones con empleados de BBVA y fue la actora la que tomó, de forma unilateral, la decisión de contratar una cartera de inversión.

En el punto 2º de la cláusula 8 del Anexo IV de las Condiciones Generales del Contrato se preveía expresamente la notificación, por parte del banco, de cualquier cambio que pudiera existir en las comisiones inicialmente pactadas y en una de las reuniones mensuales que mantenían los asesores de BANKIA con la Sra Puig y su hijo, se les informó de la modificación que se iba a producir y de cómo le iba a afectar; de hecho, estuvo abonando las comisiones hasta finales de 2019.

Señala también la demandada que D. Juan José Sanchez Puig, hijo de la demandante, es un cualificado profesional con seis cargos en sociedades y que en todo momento ayudó y asesoró a su madre.

Por lo tanto, no concurre causa alguna de nulidad en relación al cambio de las comisiones, al haber actuado el banco con la debida transparencia y la Sra. Puig entendió y consintió expresamente la posibilidad de la modificación de las comisiones incluida en el Anexo IV del contrato.

Segundo.- A juicio de este tribunal, la controversia se reduce a la existencia o no de comunicación escrita a la Sra. Puig de la modificación de las comisiones, a cuyo envío estaba obligado el banco por haberse pactado de ese modo en el contrato y/o de la debida información a la misma sobre dicho cambio y sus consecuencias, así como el carácter abusivo de la citada modificación.

En el acto de juicio han declarado dos empleadas de BBVA.

La primera de ellas, Doña María del Mar Espinosa Prados, asesora privada de la Sra. Puig desde 2014, que declaró que se le ofrecieron diversas opciones y la actora eligió la que más le convenía. La Sra Puig quería un producto con bajo riesgo. La testigo se reunía periódicamente con la actora y con su hijo pero en las reuniones no hablaron sobre las comisiones. BBVA modificó las comisiones con efectos del 1 de enero de 2018. Se envió una carta a la cliente y después se pusieron en contacto con el Banco, siendo la testigo la que informó personalmente a la Sra. Puig. Cuando se quejó la actora de las comisiones, se le ofrecieron otras soluciones y finalmente optó por la cartera asesorada. La Sra. Puig carecía de conocimientos financieros y el cambio de condiciones fue impuesta por el banco. El perfil de la cliente era conservador y el producto era complejo.





En segundo lugar declaró Doña Judit Zafra Sánchez, que fue también gestora de la Sra. Puig, con la que se reunió en diversas ocasiones. Es cierto que se quejó de las comisiones. La actora tenía un perfil de riesgo conservador. No se le plantearon alternativas a la Sra. Puig; solamente le explicaron cómo funcionaban las comisiones y ella dijo que iba a pensarlo. Desconoce cuáles fueron las pérdidas de la cliente.

Partiendo de la premisa de que a BBVA incumbe la carga de probar que comunicó por escrito y de forma fehaciente a la actora el cambio en las comisiones y si suministró la información necesaria para que su cliente pudiera conocer dicha modificación y sus consecuencias, perjudicando a BBVA la falta de prueba (art. 217 de la LEC), debe llegarse a la conclusión de que la parte demandada infringió sus deberes de información y transparencia, por cuanto que no se ha acreditado la comunicación escrita fehaciente realizada a la cliente, a cuya remisión estaba obligada la entidad bancaria. Existe, además, una contradicción entre el relato de la demanda y la declaración testifical, por cuanto que en la demanda se dice que se informó a la cliente en una reunión, y la testigo Sra. Espinosa Prados manifiesta que la comunicación fue enviada y la Sra. Puig la recibió, siendo la Sra. Espinosa la que informó a la actora de dicha modificación y de cómo le afectaría.

Es evidente que la prueba practicada a instancias de BBVA no es suficiente para acreditar que ha cumplido con sus deberes de información y transparencia en lo que se refiere al cambio de las comisiones, pues solamente presenta al juicio dos testigos que son empleadas de la entidad y cuya imparcialidad no es la deseada, pudiendo haber llamado al proceso a la propia Sra. Puig e incluso a su hijo, Don Juan José, al que considera la actora más preparado para entender los conceptos financieros, pues sus declaraciones podrían haber aportado luz a la cuestión controvertida; sin embargo, no ha propuesto sus declaraciones.

Tampoco consta en autos la comunicación escrita enviada ni su recepción por parte de la cliente. En definitiva, BBVA no ha aportado ni propuesto ninguna prueba para acreditar el cumplimiento de los deberes antes indicados.

Tercero.- Por tanto, los factores antes indicados determinan la presunción de falta de conocimiento que determina la existencia de error invalidante esencial y excusable en la demandante por lo que debe estimarse la pretensión de nulidad postulada por ella.

Sobre la existencia de este tipo de vicio del consentimiento, la STS 19/05/2016 ya reseñada afirma que la Sala tiene declarado «*que en este tipo de contratos sobre productos financieros complejos y de riesgo, la normativa reguladora del mercado de valores es fundamental para determinar si el error es sustancial y excusable, puesto que establece para las empresas que operan en el mercado financiero una obligación de información a los clientes con estándares de claridad e imparcialidad muy elevados, y determina los extremos sobre los que ha de versar tal información (fundamentalmente, naturaleza y riesgos del producto, y posibles conflictos de interés). Por tanto, si no se da esa información y el cliente incurre en error sobre esos extremos sobre los que debió ser informado, el error puede considerarse sustancial, pues recae sobre los elementos esenciales que determinaron la prestación de su consentimiento.*

»Asimismo, en estas circunstancias, el error ha de considerarse excusable y, por tanto, invalidante del consentimiento. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de imparcialidad, exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba





y asesoraba. Como declaramos en las sentencias de Pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 460/2014, de 10 de septiembre, «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta 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 que consiste el error, le es excusable al cliente».

»Cuando no existe la obligación de informar, no puede imputarse el error a la conducta omisiva de una de las partes porque no facilitó la información a la contraria, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de la naturaleza y los riesgos de los productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada, en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma imparcial, veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico».

Finalmente, también recuerda la Sala en esta sentencia que «como ya declaramos en las sentencias 244/2013, de 18 de abril y 769/2014, de 12 de enero de 2015, entre otras, la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad, por lo que tampoco pueden considerarse correctas las afirmaciones de la sentencia respecto de que el cliente pudo pedir las aclaraciones precisas y que el error es inexcusable puesto que firmó sin comprender el contrato. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes no profesionales del mercado financiero y de inversión quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante y pese a no entender la compleja descripción del producto financiero contratado, podía confiar legítimamente que se trataba del producto que le interesaba, que le cubriera frente a las subidas de los tipos de interés y que no implicara riesgos de los que no hubiera sido informado adecuadamente».

Cuarto.- Sobre la cuestión de si la demandante habría realizado actos de aceptación y confirmación del cambio de las comisiones realizado unilateralmente por el banco porque fue pagando las mismas sin formular protesta, lo que habría convalidado en su momento el error del consentimiento invocado, debe desestimarse esta causa de oposición porque, como indica la STS 01/02/2016 (RC n.º 2791/2011), «en cuanto a los supuestos actos propios de las demandantes, que implicarían la prestación tácita del consentimiento, tenemos ya afirmado en numerosas resoluciones





que, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria», por lo que no es de aplicación, según la Sala, «la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1, 1.310, 1.311 y 1.313 del Código Civil».

Por todo lo anterior, debe estimarse la acción de nulidad por no superar la modificación operada en las comisiones el control de transparencia ni haber ofrecido el banco la suficiente información, habiendo impuesto dicha modificación al cliente sin posibilidad de negociación alguna por parte del mismo, lo que hace innecesario examinar la otra acción también ejercitada.

Quinto.- Dispone el **artículo 1300 del CC** que “*los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley*”.

Dispone el **artículo 1303 del CC** que “*declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes*”.

Como consecuencia de la declaración de nulidad antes realizada, procede dejar sin eficacia lo ejecutado durante la vigencia de la modificación de las comisiones practicada por el banco, con la obligación de las partes de restituirse las cantidades, con los incrementos pertinentes de aplicación del **interés** legal, correspondientes a los pagos efectuados desde la fecha de dichos pagos hasta la de esta Sentencia, más el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de esta Sentencia hasta el pago completo de las cantidades recíprocamente adeudadas.

Sexto- Siendo totalmente estimatoria la Sentencia, procede imponer las costas del procedimiento a la parte demandada, conforme al **artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/00**.

VISTOS los preceptos citados y demás de aplicación,

en nombre de S.M. el Rey,

FALLO que debo estimar y estimo totalmente la demanda formulada por la representación de DOÑA JUANA PUIG EYRE contra BBVA, SA y, en su virtud, debo declarar el carácter abusivo y, en consecuencia, la nulidad de la disposición denominada “Comisiones de gestión estándar y aplicables al presente contrato”, que obra en el Anexo II del contrato de gestión de cartera de fecha 14 de julio de 2014, CONDICIONES PARTICULARES DEL CONTRATO – TIPO DE CARTERAS DE INVERSIÓN y, en contrato, el carácter abusivo y la nulidad de la modificación realizada por BBVA, en fecha 1 de enero de 2018, relativa al nuevo modo de calcular las comisiones aplicables al contrato, con la obligación de las partes de restituirse las cantidades, con los incrementos pertinentes de aplicación del **interés** legal, correspondientes a los pagos efectuados desde la fecha de dichos pagos hasta la de esta





Sentencia, más el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de esta Sentencia hasta el pago completo de las cantidades recíprocamente adeudadas.

Procede imponer las costas del procedimiento a la parte demandada.

Notifíquese a las partes, que en un plazo de veinte días podrán interponer recurso de apelación contra esta Sentencia ante este Juzgado, que será sustanciado conforme a la LEC 1/00 y resuelto por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid.

A estos efectos, y de conformidad con la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se indica a las partes la necesidad de constituir un depósito de 50 euros para recurrir la presente resolución, en la oportuna entidad de crédito y en la Cuenta de depósitos y Consignaciones abierta a nombre de este Juzgado, previa a la preparación del recurso, debiendo dicha constitución ser acreditada por la parte y verificada por el Letrado de la Administración de Justicia, dejando constancia de ello en autos.

Así, por esta mi Sentencia de la que se expedirá por el Letrado de la Administración de Justicia de este Juzgado certificación literal para su unión a los autos, juzgando en primera instancia, lo acuerdo, mando y firmo.

El/la Juez/Magistrado/a Juez

Publicación. Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Sra. Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia Proc. Ordinario firmado electrónicamente por OLGA MARTON FRESNEDO



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 49 DE MADRID

Calle Rosario Pino 5 , Planta 3 - 28020

Tfno: 914438002

Fax: 915804440

42070000

NIG: 28.079.00.2-2020/0097141

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 598/2020

Materia: Resto de acciones individuales sobre condiciones generales de la contratación

Demandante: D./Dña. Juana Maria Puig Eyre

PROCURADOR D./Dña. ANA LAZARO GOGORZA

Demandado: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.

PROCURADOR D./Dña. ANA MARIA ESPINOSA TROYANO

DILIGENCIA DE CONSTANCIA.- En Madrid, a siete de mayo de dos mil veintiuno.

La extiendo yo, el/la Letrado/a de la Administración de Justicia, para hacer constar que en el día de hoy, se integra la sentencia en el sistema de gestión procesal para su firma por el juez, una vez debidamente firmada, procédase a su notificación a las partes, quedando en el sistema de gestión procesal el original de la sentencia, dejándose testimonio suficiente en autos, de lo que doy fe.

El/la Letrado/a de la Administración de Justicia

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento es una copia auténtica del documento Diligencia de Publicación firmado electrónicamente por BELEN GARCÍA SANZ



Mensaje LexNET - Notificación

Fecha Generación: 11/05/2021 10:13

Mensaje

IdLexNet	202110408860244	
Asunto	Sentencia Proc. Ordinario (F.Resolucion 07/05/2021)	
Remitente	Órgano	JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 49 de Madrid, Madrid [2807942049]
	Tipo de órgano	JDO. PRIMERA INSTANCIA
	Oficina de registro	OF. REGISTRO Y REPARTO PRIMERA INSTANCIA [2807900006]
Destinatarios	LAZARO GOGORZA, ANA [747]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid
	ESPINOSA TROYANO, ANA MARIA [861]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid
Fecha-hora envío	10/05/2021 18:22:18	
Documentos	9462608_2021_I_317609816.PDF (Principal) Hash del Documento: bb7dee1ccfa18194570d25b862bb6e91cc49acb4af27943cb8b7526e34aa9449	
	9462608_2021_E_52001575.ZIP (Anexo) Hash del Documento: 856dab88e4f2d804c48297f9baa9db962f9d1931d659c91da43d90c93bdd6a43	
Datos del mensaje	Procedimiento destino	Sentencia Proc. Ordinario (F.Resolucion 07/05/2021 Nº 0000598/2020)
	Detalle de acontecimiento	Sentencia Proc. Ordinario (F.Resolucion 07/05/2021)
	NIG	2807900220200097141

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
11/05/2021 10:13:01	LAZARO GOGORZA, ANA [747]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid	LO RECOGE	
11/05/2021 07:21:26	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid (Madrid)	LO REPARTE A	LAZARO GOGORZA, ANA [747]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid

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