

PROCURADORA
Henao, nº 6-1ª izqda.
Teléfono 424 37 65
Fax: 423 07 90
48009 - BILBAO

ILTRE. COLEGIO DE PROCURADORES
DE LOS TRIBUNALES DE VIZCAYA

30 NOV 2010

BIZKAIKO AUZITEGIETAKO
PROKURADOREEN ELKARGO OSPETSUA

.F05

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 /
LEHEN AUZIALDIKO 1 ZK.KO EPAITEGIA
BILBAO (BIZKAIA)

BARROETA ALDAMAR 10 4ª planta - C.P./PK: 48001

TEL.: 94-4016672

FAX: 94-4016999

N.I.G. / IZO: 48.04.2-10/000494

Pro.ordinario L2-Prozedura arrunta. 2000ko pzl 29/10-

Sobre/Gaia: JUICIO ORDINARIO

Demandante/Demandatzailea: FELIX ANGEL SARRIUGARTE
MONTROYA
Procurador/Prokuradorea: ARANTZANE GORRIÑOBEASKOA
ETXEBARRIA

Demandado/Demandatua: JUAN VICENTE INCHAUSTI
GOROSTIZA y BANCO ESPIRITO SANTO S.A.
Procurador/Prokuradorea: Y

SENTENCIA Nº 218

JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª ANA GARCIA ORRUÑO

Lugar: BILBAO (BIZKAIA)

Fecha: diecinueve de noviembre de dos mil diez

OBJETO DEL JUICIO: Nº1 JUICIO ORDINARIO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el procurador Sra. Gorriñobeascoa en la representación que ostenta del actor se presentó demanda de juicio ordinario que, por turno de reparto, correspondió diligenciar a este Juzgado, aduciendo los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables y necesarios en apoyo de su demanda, y suplicando al Juzgado que se dictase sentencia contra JUAN y BANCO ESPIRITO SANTO S.A. en los términos contenidos en el suplico de la demanda.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la demanda se practicó el emplazamiento de los demandados.

Por los procuradores Sra. Iciar Otalora y Idoia Gutierrez, y dentro del plazo concedido al efecto, se presentó escrito de contestación, con solicitud interesada en el suplico.

Llegados el día y hora que venían señalados para la audiencia previa, se llevo a cabo la misma en la forma que es de ver en autos.

Una vez determinado lo atinente a propósito de la bondad o no de los medios probatorios que vinieron propuestos, se señaló el día y hora correspondientes para

la celebración del juicio, quedando citadas las partes en dicho acto.

TERCERO.- Llegados el día y hora que venían señalados para el acto de juicio, se llevó a cabo el mismo con la práctica de la prueba en su día propuesta. Una vez verificado lo anterior, se concedió la palabra a las partes, por su sucesivo orden, en orden a que evacuaran las correspondientes conclusiones, y una vez verificado lo anterior, quedaron los autos sobre la mesa del proveyente a fin de dictarse la resolución oportuna.

CUARTO.- Que en la sustanciación de los presentes autos, se estima que se han cumplido las formalidades legales de aplicación al caso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento la parte demandante presenta una reclamación frente a la entidad Banco Espirito Santo (en adelante BES) y SR. Juan por la que solicita se declaren nulas las operación de fecha 9 de enero y 25 de febrero de 2008 por las cuales el actor compró a través del BES 150 OBGS KAUPTHING BANK por importe total de 133.501,32 euros y se condene solidariamente a los demandados a estar y pasar por la declaración de nulidad y abono de la cantidad antes reseñada junto con sus intereses o subsidiariamente sean condenados los demandados a abonar la suma de 120.151,18 euros intereses y costas.

La primera de las peticiones la asienta en la normativa de nulidad de contratos en relación con el negocio jurídico de compraventa y la petición subsidiaria de condena dineraria la funda en una relación contractual de arrendamiento de servicios que entiende que ha sido negligente.

La parte demandada Sr. ----- se opone las pretensiones de la demanda negando cualquier relación contractual entre las partes ya que él era un empleado del banco y la relación que existía con el actor lo era en su condición de empleado de banco. Además niega la falta de información adecuada para adoptar la decisión de compra así como el perfil inversor del actor de tal manera que no hay error ni vicio alguno de la voluntad.

El BES se opone a la reclamación solicitada aludiendo a que la relación existente entre las partes no es de asesoramiento sino de administración y depósito, además

reseña el perfil inversor del actor y la sencillez del producto adquirido que determina que en modo alguno la decisión de compra se tomase de forma errónea o con una información inveraz o incierta proporcionada por el banco quien exclusivamente se limitó a intermediar en la compra de los títulos. Por otra parte añade que no existe perjuicio dado que la nacionalización del banco islandés emisor de los títulos sólo supone la suspensión de las obligaciones de pago. Por tanto niega la existencia de vicio del consentimiento del actor así como la existencia de un incumplimiento contractual del BES del cual derivar indemnización alguna.

SEGUNDO.- Como hemos dicho en el anterior fundamento la acción ejercitada de forma principal por la actora es la de declaración de nulidad de la compraventa de fecha 9/01/2008 por la cual el Sr. adquirió a través del BES títulos del Kaupthing.

El artículo 1300 CC preceptúa que los contratos pueden ser anulados si adolecen de vicios que los invalidan con arreglo a la ley. En el caso de autos no es preciso entrar en el análisis del consentimiento y ello por una razón fundamental la nulidad se está pidiendo en relación a la venta de los títulos (folio 38 de la demanda) y no de las dos ordenes de compra dadas por el actor al banco y por tanto el actor es el comprador de los mismos pero ha quedado claro que el vendedor de los referidos títulos (obligaciones o acciones preferentes según la demandada o la actora) no es ni el SR. Inchausti ni el BES. El BES lo que efectúa en su caso es la labor de intermediación, es decir, informa o asesora (lo cual se analizará en posteriores fundamentos) de la existencia en el mercado de unos llamémosles productos y una vez el actor-comprador toma la decisión de adquirirlos intermedia. Pero en ningún caso es quien vende. Dicho esto no procede decretar la nulidad de las operaciones de venta de los títulos como solicita la parte actora al no haber dirigido la demanda frente al vendedor de las 150 OBGS KAUPTHING BANK por importe total de 133.501,32 euros ni haberse instado la nulidad de la orden dada al banco.

Cuestión distinta será la derivada del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del BES y del SR. de sus obligaciones respecto del actor en la intermediación para la adquisición del producto y por ende habrá que analizar el tipo de relación que les vincula, la existencia de asesoramiento, la calidad del mismo y la comprensión y actuación del SR. Sarriugarte.

TERCERO.- La parte demandada BES pretende acreditar en base al documento nº 1 que acompaña a su contestación que la relación contractual que tiene con el demandado no es otra que la de depósito y administración de valores y no la de asesoramiento. Ciertamente y de forma escrito consta suscrito por el actor con la entidad demandada en fecha 22/11/2004 un

contrato de depósito y administración (antes en fecha 4/11/1999 con la sociedad adquirida por la codemandada, documento nº 2) y por el contrario no existe contrato escrito relativo a la gestión. Así lo dice en su interrogatorio el representante a tales efectos del BES. Sin embargo el SR. Inchausti codemandado afirma que él asesoraba en los productos que ofrecía al SR. para articular sus inversiones. Y los documentos nº 6b y 7 avalan tal posición ya que dichos documentos elaborados por el propio banco contienen la clara referencia a que el Sr. Inchausti es el asesor suyo (datos de su asesor) y un asesor lo que hace es dar consejos (según definición de la RAE). Por tanto nos encontramos ante una relación del consumidor con el banco por el cual éste no sólo presta servicios de depósito y administración sino que a través de un empleado del propio banco se asesora en las inversiones (si bien es obvio que la decisión final sobre los productos la toma el Sr. Sarriugarte), inversiones que conforme al código de conducta del BES presentado en fecha 20 de octubre de 2010 habrán de ser las adecuadas a sus necesidades (3.3)

Establecida por su acreditación en base a las reglas sobre la carga de la prueba la existencia de una relación contractual de asesoramiento, administración y depósito procede analizar si la entidad bancaria ha realizado adecuadamente sus labores y principalmente si ha informado a su cliente de las características del producto que comercializa y de los riesgos del mismo.

CUARTO.- El artículo 79 y concordantes de la ley de Mercado de Valores consigna una obligación en este caso del BES de lealtad, transparencia y diligencia. Asimismo el BES por mediación de quien era el asesor y director de la sucursal SR. oferta entre otros productos lo que él denomina Acciones preferentes Kaupthing y tal oferta y comercialización del producto la hace, como ha reconocido sin entregar folleto informativo alguno y más preocupante sin haberlo tenido él en sus manos. El producto como tal lo comercializa denominándolo acciones preferentes si bien ahora el BES considera que son obligaciones lo cual implica una mejor situación para el inversor. No obstante esto no parece tan sencilla la naturaleza o calificación del producto ya que el catedrático de economía financiera y contabilidad de la Universidad autónoma de Madrid SR. Prosper Lamothe afirma tanto en su informe pericial como en las aclaraciones que da que se trata de acciones preferentes. Mientras los peritos de la demandada lo califican de obligaciones. Por tanto resulta evidente que el SR. cuando ofertó el producto del Kaupthing no lo había estudiado ni tenía toda la información sobre el producto para aconsejar debidamente al actor ya que hoy día se sigue discutiendo su naturaleza por expertos en la materia. Si quien lo oferta como producto de inversión no ha examinado su folleto ni sus riesgos ni sus condiciones resulta obvio que no suministra una información

veraz y completa de tal manera que el actor no tiene conocimiento completo de lo que adquiere porque la información con la que toma la decisión de comprar la ha conformado de una forma parcial al no contar con todos los datos. Entre estos datos omitidos, según admite el SR. hay uno más el carácter perpetuo del producto por cuanto que si bien el emisor transcurridos cinco años y luego trimestralmente puede adquirir el producto, el comprador sólo puede "deshacerse del mismo" por medio de su venta en un mercado secundario. De esto tampoco se informó al cliente y es un elemento más a tener en cuenta cuando se quiere invertir.

Asimismo otra cuestión controvertida que incide en la calidad de la información suministrada es la relativa a si se trataba de productos vendidos como de renta fija, así parece ser que se hizo, cuando en realidad eran un producto híbrido que funcionaban como renta fija y variable y que además cotizan en mercados ilíquidos y poco flexibles. El perito SR. Lamothe así lo afirma cuando los otros dos peritos de la demandada lo niegan. El hecho de que esto sea una cuestión mas objeto de controversia y que no exista la posibilidad de ponerse de acuerdo entre profesionales del mercado financiero a quienes como peritos independientes se les presume imparcialidad evidencia nuevamente que el producto adquirido por el actor era más complejo que comprar acciones del BBVA como se ha pretendido explicar. Ello además sin obviar la dificultad para alguien no profesional del seguimiento de la rentabilidad.

Alude la codemandada BES que el SR. es un inversor moderado y para ello presenta el resultado del MIFID (documento nº 8) si bien no lo hace del test al que se le sometió por lo que incluso se desconoce la fecha en que tuvo lugar el mismo y la modificación de la situación del SR. Sarriugarte. Así el codemandado SR. afirma que antes de adquirir el producto el SR. le expuso que quería garantizar el capital lo cual concuerda con la afirmación del actor de prever una larga temporada en el paro (documental del INEM al efecto) y por tanto con la calificación de inversor minorista dada. Afirmación por otra parte reconocida en su interrogatorio por el SR.

Respecto de las menciones que por la actora se hacen en la vista al ISIN como identificador del producto carecen de incidencia en la decisión adoptada para adquirir le producto. Y lo mismo respecto de la afirmación de la demandada y no negada sobre que el SR. sabe lo que adquiere por cuanto que tiene otros productos similares de acciones preferentes de la British Airways, por cuanto que la información dada sobre tal producto puedo ser correcta veraz y completa.

También ha sido objeto de cuestionamiento el

conocimiento que el banco tenía sobre la situación financiera del kaupthing Bank a la fecha de suscripción y en fechas antes de su insolvencia. En este sentido y de la prueba practicada no se desprende que el BES fuese conocedor al momento de comercializar este producto que el referido banco estaba próximo a una "quiebra" dado que las agencias de Rating presentaban una muy buena calificación. Ahora ex post se ha evidenciado que el sistema no funcionó debidamente pero no es exigible extremar la cautela en tal medida y efectuar unos complejos análisis cuando las ahora devaluadas agencias de rate eran uno de los elementos a tener en consideración.

Por tanto el defecto de información se generó en el momento previo a la contratación del producto y dio lugar a la decisión del actor de adquirir las acciones preferentes/obligaciones?

Por tanto la entidad demandada BES ha incurrido en un negligente actuar en sus labores de asesoramiento por recomendación de productos de inversión al Sr. Sarriugarte. La relación jurídica existente hay que enmarcarla en el arrendamiento de servicio (artículos 1544 y siguientes del Código Civil) el trabajo encomendado fue realizado con negligencia dado que quien informó del mismo y comercializó el producto del Kaupthing no lo conocía ya que ni siquiera contaba con el folleto informativo, no efectuó alusiones algunas a la naturaleza del producto a su carácter de perpetuo, a si era de renta fija o híbrido ni cuestiones que sin ser ajenas a la rentabilidad determinan una formación de una decisión en la que se pueda valorar el riesgo y las consecuencias. Asimismo y habida cuenta de la situación en que en esos momentos se encontraba el SR. y reconocida por el codemandado SR. no era el producto más adecuado.

La ausencia de una información veraz y clara suministrada al SR. conlleva la aplicación del artículo 1101, 1103 y 1104 del CC y por tanto la responsabilidad del obligado contractual, el BES. El SR. ha sufrido daños y perjuicios en la adquisición del producto Kaupthing por una información negligente y por tanto surge la obligación de indemnizar los daños causados. Daños para cuya valoración hay que estar al informe del SR. Prosper Lamothe, ya que la empleada del BES Investemert S.A. afirma que en el momento actual no se puede vender en el mercado secundario el producto, el cual no está obteniendo ninguna rentabilidad. Otro criterio de valoración pudiera ser le valor que le producto tenía una semana antes de la crisis del banco islandés, sin embargo resulta también adecuado la fijación del importe en el modo explicitado por el perito de la parte demandante que atendiendo a una evolución y comparativa de la situación señala que el inversor, en un escenario optimista podría recuperar el 10% del nominal de las notas de capital. Por ello la indemnización por los perjuicios causados se fija en 120.151,18 euros. Afirma el

BES que no es factible fijar suma laguna en concepto indemnizatorio ya que ello implica un enriquecimiento injusto del actor quien mantiene la titularidad del producto y además se le reembolsa el valor de lo adquirido. Sin embargo y como es de ver en la actualidad lo adquirido por una información defectuosa no tiene valor alguno y por tanto el enriquecimiento existirá de existir a futuro y será ese el momento en el que el BES podrá reclamar al SR. Sarriugarte si la más que dudosa hipótesis manejada acontece.

QUINTO.- La reclamación de la parte actora se dirige no sólo contra el BES sino también contra el Sr. --- conforme a la documental 1 presentada en fecha 20 de octubre de 2010, se acredita que el Sr. --- era un trabajador por cuenta ajena del BES y dentro de sus labores como trabajador del BES hay que enmarcar la relación con el cliente SR. Por tanto no existe vínculo contractual entre dichas partes, la relación es entre cliente y empleado del banco lo cual implica que en el análisis de las acciones ejercitadas, no cabe irrogar responsabilidad al SR. por cuanto que no media relación contractual alguna y la actora no está ejercitando acción del 1902 del CC. Sin vínculo contractual no existe responsabilidad contractual y por ello hay que desestimar la reclamación articulada contra el SR.

SEXTO.- Son de aplicación también los arts. 1.100 y 1.108 del CCv relativos a los intereses por lo que desde la fecha de presentación de la demanda, 4 de enero de 2010, se deben intereses legales hasta hoy. El global resultante devengará el interés legal elevado en dos puntos conforme al art. 576.1 de la LECn.

SÉPTIMO.- A la vista del art. 394 de la LECn se imponen las costas al demandado BES y en cuanto a las causadas al Sr. --- se imponen a la parte actora.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, pronuncio el siguiente

F A L L O

Estimar la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Arantzane Gorriobeaskoa Etxebarria en nombre y representación de D. --- y condenar a Banco Espíritu Santo S.A. a abonarle la cantidad de 120.151,18 euros, su interés legal desde el 4 de enero de

2010 hasta hoy, devengando el global que resulte interés legal elevado en dos puntos desde esta fecha hasta la completa satisfacción del actor, y las costas si se hubiesen ocasionado.

Desestimar la demanda interpuesta frente a D. Juan con imposición de las costas causadas

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de Bizkaia (artículo 455 LECn).

El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LECn).

Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banesto con el número 470500000002910, consignación que deberá ser acreditada al preparar el recurso (disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita

Así por ésta mi sentencia, que se notificará las partes en legal forma, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por el mismo Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy fe.