

EDJ 2012/24115

AP Valladolid, sec. 1ª, S 20-2-2012, nº 76/2012, rec. 555/2011

Pte: San Millán Martín, José Antonio

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	1
FALLO	3

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CONTRATOS BANCARIOS

LA BANCA EN GENERAL

Servicios bancarios

Mediación en negocios bursátiles

Otras cuestiones

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

PARTICIPACIONES

Transmisión

Derechos de adquisición preferente

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita LO 1/2009 de 3 noviembre 2009. Complementaria de Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, se modifica LO 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita RD 629/1993 de 3 mayo 1993. Normas de Actuación en Mercados de Valores y Registros Obligatorios

Cita LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.3.2 de RD 1849/1980 de 5 septiembre 1980. Ordenes Compra-Venta y Régimen Aplicaciones a la Cotización Oficial

Cita art.1101, art.1255 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Seguido el litigio en cuestión por sus trámites legales ante el Juzgado de Primera Instancia de referencia, con fecha 22 de junio de 2011, se dictó sentencia cuyo fallo dice así: "Desestimo la demanda interpuesta por D. Felix y Dª Amparo contra Banco Banif S.A., y en su virtud: 1.- Absuelvo a la demandada de las pretensiones rente a ella formuladas.- 2.- No se hace especial declaración en costas".

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia, por el Procurador Sr. Moreno Gil en representación de los demandantes se preparó recurso de apelación que fue interpuesto dentro del término legal alegando lo que estimó oportuno. Por la parte contraria se presentó escrito de oposición al recurso. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 15 de los corrientes, en que ha tenido lugar lo acordado.

Vistos, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ ANTONIO SAN MILLAN MARTIN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia recurrida, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Valladolid de fecha de 22-6-11, absuelve libremente a la entidad bancaria demandada por responsabilidad deducida frente a los demandantes, respecto de la gestión llevada a cabo por esa entidad: Banco Banif, S.A., en la adquisición, compra en fecha de 26-2-08, de participaciones preferentes de las entidades bancarias de Islandia Kaupthing Bank y Landsbanki Island hf, sobre la que los demandantes accionaban para interesar en primer lugar, la resolución de los contratos de compra de referidos Bonos (participaciones preferentes) con el consiguiente resarcimiento de los daños habidos concretados en la diferencia de su valor entre el precio de adquisición (Bonos Kaupthing Bank y Landsbanki Island hf, al 6,75 % y 6,25%, valor, 24.358,25 Eur. y 22.100,83 Eur., respectivamente) menos la rentabilidad ya obtenida (945 Eur. y 750 Eur., respectivamente), total cifrado en suplico de demanda de 44.764,08 Eur., con intereses legales, subsidiariamente, se declare la negligencia de la entidad demandada en la gestión, seguimiento de la inversión, información llevada a cabo con los actores,... con mismas

indemnizaciones que las calculadas anteriormente y consiguientes costas procesales. La Sentencia, luego de declarar la imposibilidad de resolución de los contratos de compra de referidos Bonos (participaciones preferentes), con las entidades Islandia Kaupthing Bank y Landsbanki Island hf, no aprecia negligencia ni responsabilidad alguna de parte de la entidad demandada a quien absuelve libremente de todas las pretensiones frente a ellas deducidas.

SEGUNDO.- Efectivamente, discutida inicialmente la naturaleza contractual habida entre las partes: si contrato de gestión, de cartera (de valores), en su doble modalidad doctrinal aceptada de asesoreamiento o discrecional (con las mas amplias facultades al mandatario) o de un contrato de depósito y administración de valores, ya este Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse al respecto en similar supuesto, (Sentencia núm. 270/11, de 4 de octubre, Rollo de Apelación N°190/11), analizando al caso, como referido contrato de gestión de carteras, contrato atípico, carente de regulación en el derecho privado, es, sin embargo, recogido por la Ley de Mercado de Valores en el artículo 71. Al tratar de su calificación jurídica la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1998 declaró: "El contrato de gestión de carteras de valores, al que se refiere el art. 71 j) Ley de Mercado de Valores 24/1988 de 28 Jul., al permitir a las Sociedades de Valores «gestionar carteras de valores de terceros», carente de regulación en cuanto a su aspecto jurídico-privado, sin perjuicio de que sean aplicables al gestor las normas reguladoras del mandato o de la comisión mercantil, se rige por los pactos cláusulas y condiciones establecidas por las partes (art. 1255 CC EDL 1889/1), reconociéndose por la doctrina y la práctica mercantil dos modalidades del mismo, el contrato de gestión «asesorada» de carteras de inversión en que la sociedad gestora propone al cliente inversor determinadas operaciones siendo éste quien decide su ejecución, y el contrato de gestión «discrecional» de cartera de inversión en que el gestor tiene un amplísimo margen de libertad en su actuación ya que puede efectuar las operaciones que considere convenientes sin previo aviso o consulta al propietario de la cartera; no obstante en ambos casos y de acuerdo con el art. 3.2 RD 1849/1980 de 5 Sep EDL 1980/4050 ., vigente al tiempo de los hechos litigiosos, «en caso de gestión de carteras, el gestor originará la orden en función de lo previsto en el contrato de gestión. Se razonaba ya en aquella ocasión (Sentencia núm. 270/11, de 4 de octubre, Rollo de Apelación N°190/11), como la verdadera diferencia de contenido y de causa negocial de entre ambas figuras estriba en que en la actividad de gestión de carteras la custodia es un simple presupuesto para una administración activa en la que el gestor ostentará facultades (según sus supuestos concretos) de decisión y de disposición sobre los valores integrantes de aquella cartera, muy singularmente en la modalidad "discrecional" Es por ello que la doctrina suele identificar este contrato como un contrato de comisión mercantil.

En el caso suscitado en la presente litis, parece claro nos encontramos, más propiamente, por las características del supuesto, ante una modalidad de contrato de gestión de carteras, "asesorado", al que deben aplicarse las normas mercantiles del contrato de comisión y las recogidas en la Ley del Mercado de Valores, pues como indicó la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1998 : "El Tít. VII Ley de Mercado de Valores contiene una serie de normas de conducta de las Sociedades y Agencias de Valores presididas por la obligación de dar absoluta prioridad al interés del cliente(art. 79), lo que se traduce, entre otras, en la obligación del gestor de informar al cliente de las condiciones del mercado bursátil, especialmente cuando y no obstante la natural inseguridad en el comportamiento del mercado de valores, se prevean o se produzcan de "hecho" (caso de autos), alteraciones en el mismo que puedan afectar considerablemente a la cartera administrada. La entidad de crédito gestora está obligada a comunicar al titular de la cartera todas las informaciones relevantes en la gestión y, en particular, la conclusión de operaciones sobre los valores. Esta obligación está expresamente reconocida en el art. 5 del "Código General de Conducta de los Mercados de Valores " que figura como anexo al RD 629/1993 EDL 1993/16198 . Se impone al comisionista la obligación de consultar lo no previsto y el art. 260 dispone que el comisionista comunicará frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación). Tal deber de información en el sentido expuesto viene exigido por los deberes de información de operaciones establecidos en el art. 9º de la Orden de 25 de octubre de 1995, desarrollados específicamente para los casos de contratos de larga duración o duración indefinida, entre los que se mencionan los de gestión de carteras, por la norma 13ª de la Circular 1/1996, de 27 de marzo, de la CNMV. Ello con la periodicidad que se estipule: anual, trimestral, mensual,...(información referida a la evolución de la situación de la cartera con detalle de movimientos de la misma y especificación de comisiones y gastos repercutidos y otros aspectos). En los casos de que la cartera gestionada presente pérdidas a final de un mes con respecto al mes anterior o cuando la naturaleza de las operaciones o el riesgo inherente a las mismas lo exigieran por razones de prudencia, aquella información deberá remitirse mensualmente. La práctica totalidad de los contratos utilizados, imponen al gestor la obligación de "información inmediata" acerca de las operaciones realizadas y periódica sobre la composición, valoración y modificaciones experimentadas por la cartera administrada.

TERCERO.- Hechas anteriores consideraciones jurídicas y siendo cierto, que en el caso de autos, como advierte la propia entidad apelada, la distinción del figura contractual no va a tener en el caso de autos gran trascendencia habida cuenta que el referido "deber de información", será muy similar en ambas figuras y de igual exigencia respecto de la entidad gestora, resulta que, en el caso concreto de autos, la Sentencia fundamenta con acierto, la falta de responsabilidad de la entidad financiera, habida cuenta de las pruebas practicadas en autos. Efectivamente, fuera ya de discusión (al parecer) ante esta segunda instancia, la imposibilidad de resolver la compra de los bonos de referencia, dado que la demandada intervino como entidad mediadora, sin disponer de la titularidad material de los títulos objeto de la compraventa, la que solo reside en las entidades de Islandia, quienes dotadas de su plena disponibilidad materializaran la venta ante los demandantes, sin perjuicio, de la facultad, eso sí de instar, la resolución sobre su concreta relación contractual con la entidad demandada, sobre gestión asesorada de carteras, y la pretendida declaración de responsabilidad de la entidad por negligencia habidas en el cumplimiento de sus funciones de información y asesoreamiento, conforme se articula en la demanda inicial y propio escrito de recurso.

Pero la ausencia de toda responsabilidad en la demandada, se concluye a juicio y criterio de este Tribunal en todas las acreditadas circunstancias que rodearon la suscripción de aquellos bonos, antes, durante y después, sin poder perder el norte de la circunstancia imprevisible de la intervención del Gobierno de Islandia sobre las entidades financieras titulares de los bonos, en fecha de 24-11-08, hecho de aparición súbita e inopinada producción que resultara imprevisible, ante todos los mercados y entidades de intervención financiera. Así como la circunstancia objetiva de que, los actores conservan su plena titularidad sobre los bonos, sin pérdida alguna sobre

sus nominales iniciales, sin más efecto, hasta el presente, que la paralización en el percibo de sus cobros trimestrales en todos los cupones (que venían puntualmente percibiendo), por la decretada congelación de todos los pagos a los acreedores. Por lo que, contrariamente a lo que se expone en la escrito de recurso y demanda, los actores no han padecido pérdida material efectiva alguna (en tanto en cuanto no procedieran a su amortización devaluada, o a su venta en mercados secundarios por debajo de sus nominales,...), si no es por la falta de cobro de sus intereses trimestrales y la propia incertidumbre que aún pueda imperar en los mercados sobre la final suerte de tales inversiones (que como todas siempre quedan sometidas a un final incierto y fluctuable). Circunstancias las anteriores que cuestionan la propia existencia de nexo causal necesario entre los hechos de referencia en autos y el resultado dañoso sobre el que se acciona en reparación (en sí mismo ya cuestionado).

Así, consta en autos, como desde los primeros momentos en que los actores muestran su interés por los productos cuestionados, reciben puntual y continuada información (que en esto, como en sucesivas cuestiones a tratar, ha sido muy gráfico el testimonio de la empleada de la entidad demandada D^a Paloma), la que se plasma en todo el dossier de documentos aportados por la demanda en su contestación a la demanda y obrantes en los autos. Cómo se ha evidenciado que los actores conocieron sin error alguno el alcance de su inversión y la naturaleza de los títulos adquiridos, sobre los que la entidad, a través de la asignación personal de una de sus empleadas, se cuida de dispensar y facilitar en todo momento a los actores, hasta llegar a la suscripción de los bonos, con firma de toda la documentación expresiva de sus características. De cómo la entidad facilita a los actores, amén de la atención personalizada de su empleada asignada, una página Web, de acceso directo, donde se va actualizando toda la información precisa y toda la evolución de los productos financieros (amén de la información documental a través de la remisión periódica-trimestral- de los extractos informativos). De cómo se realiza un perfil de idoneidad, en relación con la adecuación de sus perfiles con la inversión de que se trataba, arrojando un resultado satisfactorio (perfil inversor moderado). De cómo quedo suficientemente aclarado que el producto que adquirían no era de los de tipo garantizado (o riesgo cero), que en concreto los actores adquirían participaciones preferentes en el mercado secundario, por debajo de su valor nominal, cuya cotización en el mercado estaba sometida a fluctuación y que podían llegar a tener pérdidas si se realizaban o materializaban (venta) antes de las entidades emisoras las amortizaran. Fueron informados de los riesgos de insolvencia de las entidades emisoras (rating de solvencia). De cómo pese a toda anterior información, puntual y detallada al caso, deciden adquirir el producto y cómo meses después repiten su inversión con otros productos similares. Información toda ella que además de ser dispensada personalmente (a través de la empleada de la entidad), se plasma en la subsiguiente documentación facilitada y firmada por los actores que acompañaba al documento de adquisición. Anterior proceder de la entidad lo refrenda en juicio, incluso otro testigo de cuya imparcialidad no cabe dudar (decano del Colegio oficial de Psicólogos, Sr Luis María). Por ello, solo puede concluirse en la falta de una acreditación objetiva y suficiente sobre la alegada negligencia habidas en el cumplimiento de sus funciones de información y asesoramiento de parte de la entidad demandada.

Efectivamente, si se predica sobre la existencia de un contrato de asesoramiento y de gestión de valores, solo puede accionarse en orden a las obligaciones de medios que constituye su propia naturaleza, no de obtención de resultados, máxime cuando se trata de operaciones financieras, de inversión que siempre implican riesgos, como elemento indisociable a la posibilidad, más o menos calculada de obtención de beneficios. Como se ha razonado más arriba, la causa motriz del evento que, en su caso, pueda justificar la acción resarcitoria, fue intervención gubernamental sobre las entidades emisoras, circunstancia que, amén de imprevisible y de muy difícil control, resulta de todo punto ajena a la acción y gestión que la entidad demandada como gestora de las inversiones a ella confiadas pueda ser exigida. Por lo que tratándose de un supuesto que no pudo preverse o que previsto, incluso, no pudo ser evitado, resulta exento de la responsabilidad y previsiones establecidas en le art. 1.101 del Código Civil EDL 1889/1 .

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394 y 398, de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 actual y vigente, Ley 1/00, de 7 de enero EDL 2000/77463 , las costas procesales causadas en este recurso de apelación deben imponerse a la parte apelante, que ha visto desestimadas todas sus pretensiones.

VISTOS, los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

DESESTIMANDO EL RECURSO DE APELACIÓN, promovido por las representación procesal de D. Felix y D^a Amparo, frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia núm. 2 de Valladolid de fecha de 22-6-11, en los presentes autos sobre reclamación de daños y perjuicios económicos, seguidos frente a Banco Banif, S.A., DEBEMOS CONFIRMAR INTEGRAMENTE, referida resolución recurrida, con imposición de las costas procesales causadas en este recurso, a la parte apelante, por ser ello preceptivo.

La confirmación de la Sentencia de instancia supone la pérdida del depósito para apelar consignado por la parte recurrente, al que deberá darse el destino legal (D.A., 15^a de la L.O.P.J EDL 1985/8754) según redacción de la L.O 1/2009 de 3 de noviembre EDL 2009/238888 .

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación. Seguidamente ha sido leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que se indica en la misma, estando constituida en audiencia pública esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid, lo que como Secretario certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 47186370012012100079