

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	1
FALLO	4

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita Ley 47/2007 de 19 diciembre 2007. Modifica Ley 24/1988, del Mercado de Valores

Cita art.217, art.394, art.398 de 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 art.71.j de Ley 24/1988 de 28 julio 1988. Mercado de Valores

Cita art.248.4 de 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.1255 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita RD de 22 agosto 1885. Año 1885. Código de Comercio

ANTECEDENTES DE HECHO

Se dan por reproducidos los que contiene la sentencia apelada en cuanto se relacionen con esta resolución y

PRIMERO.- Con fecha 25 de octubre de 2011 el Juzgado de 1ª Instancia num. 71 de Madrid, en los autos de que dimana este rollo de Sala, dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente: " Que, estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. González Ruiz, en nombre y representación de D. Gabino, contra Bankinter, SA, representado por la Procuradora Sra Sampere Meneses, debo condenarle a que abone al actor la cantidad de 200.000 euros; mas los intereses desde la fecha de interposición de la demanda; con expresa imosición a la demandada de las costas del presente procedimiento".

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de BANKINTER S.A., que formalizó adecuadamente y del que, tras ser admitido en ambos efectos, se dio traslado a la contraparte, que se opuso al mismo, remitiéndose luego los autos principales a este Tribunal en el que de inmediato se abrió el correspondiente rollo de Sala.

TERCERO.- En esta alzada, para cuya deliberación, votación y fallo se señaló el día 13 de los corrientes, se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda que encabeza estas actuaciones, se presentó por don Gabino frente a BANKINTER S.A. Alegaba que le unía una relación de confianza con el empleado de la demandada don Romulo, quien le aconsejó que los ahorros de 200.000 euros que tenía, los invirtiera en un producto de BANKINTER seguro al 100%. Dice que la entidad omitió los elementales deberes de información; cuando solicitó la devolución, se le informa que se había reducido a menos de 180.000 euros. El 14 de julio de 2010 remite burofax al Banco solicitando el reintegro de la suma invertida, negándose el Banco. Solicitaba una una sentencia que condenara al Banco al pago de 200.000 euros y pago de costas.

La demandada se oponía a la demanda, alega, que existía un mandato de compra emitido por el demandante, debiendo examinarse la pretensión a la luz del cumplimiento o no del mandato recibido el mes de septiembre de 2006, o los deberes de información exigibles. Respecto a la manera de presentarse quien acciona como persona jubilada y de avanzada edad sin experiencia en el sector bancario, pone de relieve las numerosas inversiones en renta variable, e inversiones de fondos, que le muestran como un inversor asiduo y con experiencia; pone de relieve asimismo que las participaciones preferentes de que dimana este procedimiento, le han generado unos beneficios de 38.548,55 euros, que no menciona el demandante. Se detiene luego en el análisis de las participaciones preferentes contratadas y adquiridas por el actor, que Bankinter ni emite ni garantiza, y en el cumplimiento de su deber de información y evaluación del perfil inversor, se introduce por ley 47/2007 EDL 2007/212884 cuya entrada en vigor es el 21 de diciembre del mismo año, posterior en consecuencia a la inversión de que se trata. Denuncia asimismo que los actos propios del demandante evidencian el perfecto y completo conocimiento de la inversión ordenada; de declararse judicialmente la resolución del contrato, habría de devolver la suma recibida, siendo la cantidad a entregar de 161.451,45 euros. La sentencia que se recurre, estimaba la demanda y se alza contra ella la demandada inicial y condenada al pago. Se basa en la aplicación de la legislación sobre el Mercado de Valores de 23-11-2002, cuyos arts. 78 y ss imponen la obligación de información que entiendo no cumplida.

SEGUNDO.- Dada la fecha de suscripción de los contratos -octubre de 2006- la normativa aplicable en lo referente a la información que debía suministrarse al cliente era la exigida por el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios EDL 1993/16198 . No era aplicable al caso la Ley 47/2007, de 19 de diciembre EDL 2007/212884

que transpuso al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modificaban las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo.

Así el art. 79.1 a) de la LMV, aplicable a la fecha de los contratos de adquisición de participaciones preferentes, establecía que "las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos: a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado".

A este respecto el referido decreto Decreto 629/1993, de 3 de mayo EDL 1993/16198 EDL1993/16198, establecía como anexo un código de conducta en el que se exigía, entre otras obligaciones:

" Artículo 4. Información sobre la clientela.

1. Las Entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer.

2. La información que las Entidades obtengan de sus clientes, de acuerdo con lo previsto en el apartado anterior, tendrá carácter confidencial y no podrá ser utilizada en beneficio propio o de terceros, ni para fines distintos de aquellos para los que se solicita.

3. Las Entidades deberán establecer sistemas de control interno que impidan la difusión o el uso de las informaciones obtenidas de sus clientes.

Artículo 5. Información a los clientes.

1. Las Entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos.

2. Las Entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes.

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.

4. Toda información que las Entidades, sus empleados o representantes faciliten a sus clientes debe representar la opinión de la Entidad sobre el asunto de referencia y estar basada en criterios objetivos, sin hacer uso de información privilegiada. A estos efectos, conservarán de forma sistematizada los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones.

5. Las Entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes.

6. Deberán manifestarse a los clientes las vinculaciones económicas o de cualquier otro tipo que existan entre la Entidad y otras Entidades que puedan actuar de contrapartida.

7. Las Entidades que realicen actividades de asesoramiento a sus clientes deberán:

- a. Comportarse leal, profesional e imparcialmente en la elaboración de informes.
- b. Poner en conocimiento de los clientes las vinculaciones relevantes, económicas o de cualquier otro tipo que existan o que vayan a establecerse entre dichas Entidades y las proveedoras de los productos objeto de su asesoramiento.
- c. Abstenerse de negociar para sí antes de divulgar análisis o estudios que puedan afectar a un valor.
- d. Abstenerse de distribuir estudios o análisis que contengan recomendaciones de inversiones con el exclusivo objeto de beneficiar a la propia compañía".

En relación con la alegación relativa a que no se facilitaron los folletos informativos de las emisiones de preferentes. Así, ni siquiera la LMV tras la reforma operada por la Ley 4/2007 lo exige tratándose de adquisiciones en el mercado secundario. En este sentido sentencia de esta misma AP Zaragoza, de fecha 10 de noviembre de 2010 establece que "alega la actora que con la información facilitada no se incluyó un folleto informativo de las características de las acciones preferentes elegidas. Sin embargo, dado que la demandada no es ni emisora ni colocadora de dicho producto, lo contrario no se ha acreditado, y la adquisición fue en el mercado secundario, no en el primario o con ocasión de su emisión, por lo que no es aplicable el art. 27 de la LMV, ni la Directiva 2003/71 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 que establece en su artículo 3 que "los Estados miembros no autorizarán ninguna oferta de valores al público dentro de su territorio sin publicación previa de un folleto...", ni se exigía al tiempo de suscribir la orden de compra del valor la entrega del folleto, pues este ya se hallaba admitido a cotización en un mercado secundario oficial. En este sentido, ha de citarse que en el informe denominado "Atención de reclamaciones y consultas de los Inversores, Memoria 2007" emitido por la CNMV este organismo mantiene que, al margen de los fondos de inversión, "las entidades no están obligadas a entregar el folleto o el tríptico registrado en el organismo supervisor correspondiente, salvo que el cliente lo solicite de manera expresa", por lo que no puede estimarse infringido el derecho a ser informado por la entidad por el mero hecho de que no se facilitase a la suscripción el folleto, registrado, pues no consta siquiera que fuera solicitado.

A la hora de resolver la cuestión debatida debe hacerse teniendo en cuenta que nos hallamos en el ámbito de una acción de nulidad o/ y anulabilidad, pues sus efectos jurídicos son similares, una vez aplicados a las características del presente supuesto de hecho, e instada por un pretendido error o dolo invalidantes del consentimiento, y acumuladamente, ante una acción distinta, como es la dirigida a exigir responsabilidad a la entidad intermediaria por falta de información suficiente, no necesariamente relevante a efectos de invalidar el consentimiento, pero sí incompleta o no totalmente exacta, ya que siempre la diligencia profesional específica se presume salvo prueba en contrario a la entidad de inversión, que está investida con un deber de información riguroso, adaptado a las características de la operación a contratar.

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 julio EDL 1988/12634 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"...."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 alteraciones en el mismo que puedan afectar considerablemente a la cartera administrada y así en el art. 255 C.Com EDL 1885/1 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; en el ámbito del mandato regulado en el CC, en que no existen preceptos de idéntico contenido a los del Código de Comercio EDL 1885/1 citados, tal deber de información en el sentido expuesto viene exigido por la prohibición de extralimitación en las facultades concedidas al mandatario salvo cuando éste, ante un cambio de las circunstancias, y a falta de instrucciones del mandante, actúa en forma más beneficiosa para éste, ante la imposibilidad de recibir instrucciones del mismo"...

De otra parte es cierto que según se desprende con claridad de la STS de 20.1.03, en los supuestos de daños y perjuicios por mala inversión ha de estarse al patrón de la culpa leve (STS 1943) en relación con la diligencia exigible a un comerciante experto (STS 15-7-88) que utilizan como pauta el cuidado del negocio ajeno como si fuera propio y conforme al art. 217 Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 ha de estarse al principio de facilidad probatoria. En concreto señala: "Ya la Ley del mercado de valores de 1.988 estableció, superando la arcaica legislación existente hasta el momento, las nuevas bases del régimen jurídico español en la materia y de su regulación, en lo que al tema respecta, ha de concluirse, desde una perspectiva general, que el contrato que vincula a los compradores con la sociedad intermediaria, encargada de la adquisición, siguiendo instrucciones del principal, responde a la naturaleza del contrato de comisión mercantil (artículo 244 del Código de Comercio EDL 1885/1), y desde una perspectiva más concreta, que toma en cuenta sus relaciones con el "mercado de valores", al llamado contrato de "comisión bursátil"; de manera, que, en el desempeño de su mandato, el comitente debe actuar con la diligencia y lealtad que se exigen a quien efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley de mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad. (...) En suma, como establece el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 en su párrafo seis, recogiendo criterios jurisprudenciales anteriores a la propia Ley, en la distribución de la carga de la prueba "El Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes en litigio", regla que, indudablemente, desplaza la carga de la prueba hacia la entidad demandada (...) Conforme a la calificación, dada al contrato, la entidad comisionista debe responder de los daños y perjuicios, causados a los inversores por la mala inversión, según el patrón de la culpa leve en concreto a que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1.943 en relación con la diligencia exigible al "comerciante experto"(sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1.9988) que utilizan como pauta el cuidado del negocio ajeno como si fuera propio..." (...).

TERCERO.- Se dice por el recurrente que no ha incumplido la obligación de información. La sentencia dedica a este apartado el fundamento tercero y con la misma base probatoria -el testimonio del Sr. Romulo - mantiene el ahora apelante la tesis contraria. Para ello, se limita a reiterar el rendimiento de la inversión, lo que no refiere es la información sobre el tipo de inversión y los efectos negativos de la misma, que por las propias afirmaciones de quien invertía y que admite en su declaración, se advierte que era una persona que pretendía disponibilidad de su dinero y un interés razonable de su dinero.

Se argumenta luego acerca la la inexistencia de obligación de entregar un folleto informativo de la emisión, extremo que ya se ha analizado, y que no cuestiona la defectuosa información que recoge la sentencia y esta Sala comparte.

El siguiente argumento del recurso, se refiere, a la improcedencia de la indemnización de daños y perjuicios aun en el supuesto de que se estimara incumplimiento por BANKINTER de alguna de sus obligaciones. En este extremo del recurso, se vincula, con la inexistencia de nexos causal, entre el pretendido incumplimiento y el daño, que relaciona con la simple evolución del mercado, cuando lo que se cuestiona es la libertad o no del inversor - el demandante- para actuar de otra manera en caso de tener una información más completa.

Respecto a la cuantía del daño, entiende el recurrente que tendría que descontarse el importe ya recibido y el importe de los cupones que en el futuro pueda percibir.

El demandante no justifica ni desde luego razona mínimamente su petición de indemnización por la cuantía en que lo hace, sostiene la nulidad del contrato, lo que no puede tener las consecuencias que pretende, de modo que se le restituya la inversión inicial, y mantenga la cantidad ya obtenida por un contrato que la propia parte califica de nulo.

La necesaria consecuencia será que, atendidos los efectos de la nulidad, se limite la suma a recibir a la que se concede en la sentencia, restando las cantidades ya recibidas, - 48.616,37 - lo que comportará una estimación parcial del recurso y también de la demanda.

CUARTO.- La estimación parcial del recurso y de la demanda ha de comportar la no imposición de las costas en ninguna de las instancias (arts. 398 y 394 LEC EDL 2000/77463

VISTOS los preceptos citados, concordantes y demás de general aplicación

FALLO

ESTIMAR EN PARTE EL RECURSO INTERPUESTO POR LA PROCURADORA D^a ROCIO SAMPERE MENESES, EN REPRESENTACIÓN DE BANKINTER S.A., CONTRA LA SENTENCIA DICTADA POR EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 71 DE MADRID, EN PROCEDIMIENTO ORDINARIO 105/2011, REVOCANDO EN PARTE LA SENTENCIA, Y LIMITAR LA SUMA A RECIBIR A 151.383,63 EUROS. NO SE HACE CONDENA EN LAS COSTAS DE NINGUNA DE LAS INSTANCIAS.

Notifíquese esta sentencia a las partes y dése cumplimiento al art. 248.4 LOPJ. EDL 1985/8754

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilmos. Sres. Magistrados de este Tribunal.

Publicación. Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079370192012100182