

SAP Granada 220/2018, 13 de Julio de 2018

Ponente: MOISES LAZUEN ALCON

ECLI: ES:APGR:2018:1169

Número de Recurso: 153/2018

Procedimiento: Civil

Número de Resolución: 220/2018

Fecha de Resolución: 13 de Julio de 2018

Emisor: Audiencia Provincial - Granada, Sección 4ª

Id. vLex VLEX-759060973

Link: <https://app.vlex.com/#vid/759060973>

Texto

Contenidos

- [ANTECEDENTES DE HECHO](#)
 - [PRIMERO](#)
 - [SEGUNDO](#)
 - [TERCERO](#)
- [FUNDAMENTOS DE DERECHO](#)
 - [PRIMERO](#)
 - [SEGUNDO](#)
 - [TERCERO](#)
 - [CUARTO](#)
 - [QUINTO](#)
 - [QUINTO](#)
- [FALLO](#)

(R.153.18)

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

SECCIÓN CUARTA

ROLLO N° : 153/18

JUZGADO: GRANADA 7.

AUTOS: J. ORDINARIO N° 1299/15.

PONENTE SR: MOISÉS LAZÚEN ALCÓN.

SENTENCIA NÚM. N°: 220

ILTMOS. SEÑORES:

PRESIDENTE

D. ANTONIO GALLO ERENA

MAGISTRADOS

D.MOISÉS LAZÚEN ALCÓN

D. JUAN FRCO RUIZ RICO RUIZ

=====

En la ciudad de Granada a trece de julio de dos mil dieciocho. La Sección Cuarta de ésta Iltra. Audiencia Provincial, ha visto, en grado de apelación los precedentes autos de J. Ordinario n° 1299/15, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n° 7 de los de Granada, en virtud de demandada de D^a Maite, representada por la Procuradora Sra. Navarro-Rubio Troisfontaines y bajo la dirección del Letrado D. Alfredo Martínez Muriel; contra BANCO POPULAR BANCA PRIVADA S.A.; Y BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., representados en esta alzada por la Procuradora Sra. Ceres Hidalgo y bajo la dirección letrada de D^a Lucía Sabio González.

Aceptando como relación los "Antecedentes de Hecho" de la sentencia apelada; y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

La referida Sentencia, fechada en diecinueve de diciembre de dos mil diecisiete, contiene el siguiente Fallo: " Que desestimando como desestimo íntegramente el suplico de la demanda presentada por la Procuradora MÓNICA NAVARRO RUBIO TROISFONTAINES, actuando en nombre y representación de Maite

, contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. y POPULAR BANCA PRIVADA, representados por la Procuradora ENCARNACIÓN CERES HIDALGO, debo absolver y absuelvo a los referidos demandados de todos los pedimentos formulados en su contra. Condenando a la parte demandante al pago de las costas de este procedimiento".

SEGUNDO

Sustanciado y seguido el presente recurso, por sus trámites ante esta Il. Audiencia Provincial, en virtud de apelación interpuesta por la parte actora, por escrito y ante el Órgano que dictó la Sentencia; de dicho recurso se dio traslado a las demás partes, para su oposición o impugnación; tras ello se elevaron las actuaciones a éste Tribunal, señalándose día para su Votación y Fallo, en que ha tenido lugar.

TERCERO

Han sido observadas las prescripciones legales de trámite.

Siendo Ponente el Il. Sr. Magistrado D. MOISÉS LAZÚEN ALCÓN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Frente a la Sentencia dictada en 19-12-17, por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Granada, en Juicio Ordinario 1299/15, seguido por demanda de D^a Maite frente a Banco Popular Español S.A. y Popular Banca Privada S.A., sobre nulidad contractual, se interpuso por la representación de la señora demandante recurso de apelación, que ha originado el Rollo 153/18 de esta Sala que resolvemos, y que articula en base a los siguientes motivos: a) No ha prescrito la obligación de la entidad de justificar las operaciones. Violación del [art. 1964 Cc.](#) b) No existe caducidad. Violación de la jurisprudencia del [TS en Sentencia de 12-1-15](#). Desde que el cliente toma conciencia del hecho. c) Catalogación de la actora como minorista y cliente conservadora en el contrato. No se hace valer cuáles son los riesgos de dicha inversión. Falta de información sobre los riesgos del contrato. Vulneración jurisprudencial del TS. d) Error en la valoración de la prueba. No se da información sobre los riesgos de esta inversión. Vulneración de la jurisprudencia del TS sobre error-vicio en el consentimiento, y subsidiariamente, indemnización de daños y perjuicios .

SEGUNDO

Para el correcto enjuiciamiento de la alzada, es preciso enumerar las acciones que se ejercitan en la demanda, que son: A) La acción de obligación de entregar documentos por parte de la demandada. B) Acción en demanda de nulidad radical por infracción de normas imperativas, del contrato para la gestión de cartera de inversión, servicio de gestión conservadora-oportunista Core-Satellite, de 25-2-10. c) Acción de anulabilidad de dicho contrato por falta de información. d) Acción de responsabilidad contractual por deficiente información y por incumplir los deberes de un contrato de gestión de cartera.

TERCERO

Primer motivo. - Postula, en relación con la primera de las acciones ejercitadas en demanda, (consistente en la entrega por la entidad de una serie de apuntes que aparecen en la cuenta de la actora. Copia de operaciones que aparecen reflejadas en la libreta de ahorros, así como diversas incidencias en las operaciones que aparecen en su cuenta), que no ha prescrito dicha obligación frente al criterio de la sentencia de que, transcurridos más de seis años la entidad no tiene obligación de conservar documentación. El Banco entregó parte de dicha documentación, desde 2004 (la actora la interesó desde 2002), pero no la correspondiente a contratos de letras y bonos del tesoro, imposiciones a plazo fijo, compra de acciones y fondos de inversión desde 1992 a 2004. La sentencia apelada, con amparo en el [art. 30 del Código de Comercio](#), fija la obligación de conservación de libros, correspondencia, documentación y justificantes, durante seis años a partir del último asiento realizado en los libros, "salvo lo que se establezca por disposiciones especiales o generales". Frente a ello, la representación de la señora apelante sostiene que es aplicable el plazo de 15 años (ex [art. 1964 Cc](#)). Pues bien, adelantamos el fracaso del motivo. En efecto, esas "disposiciones especiales o generales" a que alude el [art. 30 del Código de Comercio](#) son, en relación con el tema litigioso, el RD 609/93, de 9 de mayo sobre Normas de actuaciones en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios (que en su art. 9 establece que la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en adelante CNMV, previo informe del Banco de España en materias de su competencia, dictará las normas que establezcan la estructura y requisitos de Registro de Operaciones y del Archivo de Justificantes a las que se refiere la presente Sección") y la [Circular 3/1993, de 29 de Diciembre](#) de la CNMV, sobre Registro de Operaciones y Archivo de Justificantes de órdenes, la que en el punto 8º de su Norma 2ª establece que el archivo de justificantes de órdenes deberá mantenerse por un periodo mínimo de seis años desde que las órdenes son recibidas, disponiéndose en la Norma 4ª relativa a la llevanza del Registro de Operaciones y Generación de ficheros informáticos,, que las entidades deberán mantener el Registro de operaciones y, en consecuencia, estar durante un período mínimo de seis años, a contar desde la recepción de las órdenes, disposición de generar los los ficheros a que se refiere el punto 2 anterior. Parece pues, que a la vista de lo actuado, (el Banco ya comunicó a la actora en 1-10-10, cuando puso a disposición de la misma la documentación (desde 2004 en adelante) tal extremo aludiendo al período de seis años de obligatoriedad de conservación de documentos. Asimismo, constan en autos resoluciones del Banco de España aportadas por la propia actora, en las que, tanto dicho Organismo como la CNMV, desestiman la reclamación de la actora al respecto planteada. Se desestima, pues, el motivo.

CUARTO

2º Motivo .- Se plantea en relación a la caducidad de la acción de anulabilidad, ex [art. 1301 Cc](#). Como es sabido el [art. 1301 Cc](#), declara que la acción de nulidad durará cuatro años. La [STS de 25-2-16](#), en relación con las relaciones contractuales complejas, señaló que, respecto de la caducidad de la acción y la

interpretación a estos efectos del [art. 1301 Cc](#) "Hemos establecido en sentencias de esta Sala

485/15 de 16 de septiembre y 769/14, que en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financiación o de inversión la consumación del contrato a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo del ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordados por el FROB, o en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y mejor del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por error". Por su parte, la [STS de 19-2-18](#), a propósito de un SWAP, señaló que, a efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos SWAP, debe entenderse producida en el momento del agotamiento de la extinción del contrato. La [STS de 9-6-17](#), abunda en esta tesis, y la de 12-1-15 también se refiere a lo ya señalado en la 25-2-16. Pues bien, en el caso analizado, la Sentencia sostiene que fue en 31-8-12 cuando la apelante tuvo conocimiento de la rentabilidad negativa del producto. Pero acontece que no es hasta el 15-5-12, según la documentación obrante (folios 383 y ss) que se remite a la actora con el resultado del contrato por el periodo 24-2-10 a 15-5-12, donde se evidencian unas pérdidas de 73.470,39 €, cuando esta consciente de la realidad del contrato, tiene un "conocimiento cabal" del mismo y dado que la demanda se formuló en 29-9-15, es palmario que no había transcurrido el plazo de caducidad. Se estimó el motivo.

QUINTO

Debemos señalar que en el caso enjuiciado, la acción que se ejercita con carácter principal, tras la de entrega de documentación, es la nulidad radical del contrato por infracción de normas imperativas, y al respecto, las [Sts de 3-1-17](#), [27-2-17](#), [9-6-17](#), etc, vienen a señalar que la normativa comunitaria MIFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos llevaba analizar si de conformidad con nuestro derecho interno, cabía justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero, complejo en el mero incumplimiento de los deberes de información impuestos por el [art. 79 bis LMV](#), al amparo del [art. 6-3º Código civil](#). Se tomaba en consideración que la normativa legal que introdujo los deberes legales de información del [art. 79 bis](#) de la [LMV](#) no estableció como consecuencia a su incumplimiento la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero, sino otro efecto distinto de orden administrativo para el caso de contraversión. La [Ley 47/2007](#), al tiempo que traspuso la Directiva MIFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del [art. 79 bis](#), al calificar esta conducta de "infracción muy grave" ([art. 99-2 bis de LMV](#)), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la CNMV para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas ([arts. 97](#) y ss [LMV](#)). Con lo anterior, no se negaba que la infracción de estos deberes legales de información pudiera tener un efecto sobre la validez del contrato en la medida en que la falta de información puede provocar un error vicio en los términos que expusimos en la sentencia 840/13 de 24-1-14, pero se concluía que la mera infracción de estos deberes de información no conllevaba, por si sola, la nulidad de pleno derecho del contrato. Ello hace, pues, que dado que se postula la nulidad radical por infracción de los arts. [78](#) y [79](#) de la [LMV](#), esto es, por defectos de información, no quepa tal nulidad radical.

QUINTO

En cuanto al Tercer motivo . En relación con la anulabilidad, la señora apelante mantiene que su consentimiento se encuentra viciado de origen por dolo, pues siendo cliente minorista y con perfil conservador y "absolutamente ignorante en cuestiones de gestión de cartera", se le hizo firmar el contrato. No cabe olvidar que, como el propio contrato recoge, a la actora se la cataloga como cliente minorista. Pues bien, como señala la [STS de 15-10-15](#), la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y sus clientes derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la Sentencia nº 244/13, también del Pleno de 18-4-13, en la que, aunque dictada en un proceso sobre gestión de contrato discrecional de cartera de inversión concertado antes de la transposición al Ordenamiento jurídico especial de la Directiva MIFID, se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor, y en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión. Ahora esta Sala, debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa sobre el alcance de los deberes de información y asesoramiento de la entidad financiera en la contratación con inversores minoristas de productos complejos (...). De acuerdo con esa línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el Banco antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contiene en el [art. 7 Cc](#), y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también, orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias, ([art. 79 bis, 2 y 3 LMV](#), [art. 64 RD 217/08](#)). Para articular adecuadamente ese deber legal de la Entidad financiera con la necesidad que tiene el cliente minorista de

ser informado (conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados) y salvar así el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error, la normativa MIFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses que se da en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, en la prestación de asesoramiento financiero para su contratación, como son la realización del test de conveniencia (cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada), dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el servicio o producto de inversión que va a contratar, y el test de idoneidad, cuando el servicio prestado es de asesoramiento dirigido, además de la anterior evaluación, a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto.

Pues bien, como señala la apelante, el dinero que invirtió provenía de un fondo de inversión llamado Eurovalor Particulares Volumen clase A,FL, que según el folleto obrante al folio 363, está catalogado como producto de menor riesgo en una escala del 1 al 7 y dirigido a "aquellos inversores que no desean correr riesgo en su inversión obteniendo una rentabilidad acorde al mercado monetario". Si la actora esta catalogada como minorista-conservadora, y el dinero

invertido procedía de un fondo de inversión sin riesgo, es claro que la demandada no debió ofrecer el producto, por ello el test de idoneidad (folios 376-377), al no aparecer en el mismo "el documento o mediante otro soporte duradero, una descripción de cómo se ajusta la recomendación realizada a las características y objetivos del inversor" ([art. 79 bis LMV](#)) no se ajusta a lo dispuesto legalmente, máxime cuando, además, en el mismo aparecen marcadas casillas "inversión-ahorro" y "especulación", esto es, dos perfiles contradictorios que, según la [Circular 2/2000](#) de la CNMV, cuando aparecen firmadas varias casillas, la entidad considerará la alternativa firmada de menor riesgo. Si a lo expuesto se añade que no consta documentación que advierte que con el producto en cuestión se pueden obtener pérdidas, ni en el contrato se especifican los concretos riesgos de la operación, la consecuencia a obtener no ha de ser otra que la de que no se ofreció la información precisa para que la actora pudiera, con pleno conocimiento y aceptación de riesgos, tener cumplido conocimiento del producto que adquirió, lo que se traduce en un consentimiento viciado a la hora de decidir la contratación, sobre todo, cuando además, se produjo una relación de asesoramiento en los términos que señala la jurisprudencia del TS: " para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado ad hoc, para que la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de cartera suscrito por la demandante y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea esta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición" ([STS 17-6-16](#) y [25-2-16](#)). Y que fue la demandada la que ofreció el producto a la actora, lo reconoció en su interrogatorio el Sr. Florencio . Si la demandada conocía el perfil conservador, el origen de la inversión (fondo sin riesgo), es palmario que no dio la precisa información, produciéndose una errónea valoración probatoria por parte de la apelada sentencia; y por ende la prestación de un consentimiento viciado, lo que, en fin, aboca a la acogida del motivo y del recurso en los términos que se dirán, declarándose la nulidad del contrato de gestión de cartera por vicio del consentimiento, con las consecuencias a ello inherentes, y todo ello, sin efectuar condena en las costas de ninguna de las dos instancias (arts. [394](#) y [398 LEC](#)).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

- La Sala ha decidido, con parcial estimación del recurso interpuesto, revocar la sentencia dictada en diecinueve de febrero de dos mil diecisiete, por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Granada, y en su virtud, estimando en parte la demanda, declarar nulo por error en el consentimiento, el Contrato de Gestión de Cartera de inversión y sus anexos objeto de la litis, así como los asesores de cuenta corriente y de custodia y administración de valores de 25-2-10, condenando a las demandadas solidariamente a abonar a la actora la suma reclamada de 75.217,35 €, con más el interés legal correspondiente, absolviendo a las demandadas del resto de los pedimentos en su contra deducidos y sin efectuar condena en las costas de ninguna de las dos instancias.

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