

## Texto Integro

SENTENCIA núm. 522

Recurso de apelación núm. 487/09

Procedente del procedimiento ordinario núm. 138/08

Tramitado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Esplugues de Llobregat

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, formada por los Magistrados D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> DOLORS PORTELLA LLUCH, D.

ANTONIO RECIO CORDOVA y D. ENRIC ALAVEDRA FARRANDO, actuando el primero de ellos como Presidente del Tribunal, ha visto el recurso de apelación núm. 487/09

interpuesto contra la Sentencia dictada el día 4 de marzo de 2009, en el procedimiento de Juicio Ordinario núm. 138/2008 tramitado por el Juzgado de Primera

Instancia núm. 3 de Esplugues de Llobregat, en el que es recurrente, D. Manuel, y apelada, IMPROLINKS S.L., y, previa deliberación, pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente.

S E N T E N C I A Barcelona, 29 de noviembre de 2010

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La sentencia antes señalada, tras los correspondientes Fundamentos de Derecho, establece en su parte dispositiva lo siguiente: "FALLO: Se desestima íntegramente la demanda interpuesta por Manuel y, en su virtud, se absuelve a Improlinks, S.L.. Se imponen las costas a Manuel."

**SEGUNDO.-** Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en los que las fundamentan, que se encuentren unidos a los autos. Fundamenta la decisión del Tribunal el Magistrado Ponente D. ENRIC ALAVEDRA FARRANDO.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La parte demandante, D. Manuel, se alza frente la sentencia de instancia, que desestima su demanda deducida en reclamación de 6.000 euros, devolución de la cantidad entregada a la demandada Improlinks, S.L., empresa dedicada al asesoramiento financiero; fundando la misma en el ejercicio del derecho de desistimiento o rescisión, alegando igualmente el incumplimiento de las obligaciones del demandado, y falta de requisitos del contrato de asesoramiento.

**SEGUNDO.-** El actor celebró con la mercantil demandada un contrato fuera de establecimiento mercantil, en que la demandada le envía el contrato de asesoramiento financiero de fecha 13 de junio de 2006 (doc. 2), que devuelve el actor firmado vía fax el día 14 de junio de 2006 (doc. 3), y en el mismo día 14 de junio realiza un ingreso por 6.000 euros a favor de la demandada en Caixa Catalunya (doc. 4); refiere varias llamadas telefónicas la misma tarde a los efectos de hacer efectivo su derecho de revocación, y en todo caso, consta que el día 16 de junio de 2006 remite por burofax -que consta entregado a la demandada- por el que refiere dichas llamadas y, en que les dice que resuelve el contrato, aún cuando no han cumplido con adjuntar el documento de revocación, y les requiere para la devolución de la cantidad de 6.000 euros que les ha transferido.

Dicho burofax de resolución de 16 de junio de 2006 no consta haber sido respondido por la demandada, en procedencia o no del ejercicio del derecho de revocación, ni tampoco ha devuelto dicha cantidad, objeto de este litigio. Mientras que el actor ha requerido a la demandada, en carta, solicitó arbitraje ante la Junta Arbitral de Consumo de Catalunya, que ante la negativa de la demandada tras el mismo presentó denuncia ante el Servicio de Inspección y Control de la Comunidad de Madrid (doc. 12) en atención a que la demandada tiene su domicilio en Madrid, denuncia en que no consta su resultado. Y, finalmente opta por la presente demanda. En la demanda hace referencia en sus fundamentos de derecho, a las leyes de defensa de consumidores de 1984 y estatut del consumidor de 1993. Y, en particular, sobre plazos de ejercicio del derecho de revocación, la Directiva 2002/65 EDL 1965/1191 / CE de Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; y, la Ley 16/1991 de 21 de noviembre, sobre contratos fuera de establecimientos mercantiles.

En la sentencia recurrida se considera de aplicación la mencionada Directiva, y en el recurso de apelación se refiere a dicha Directiva, y a la ley 22/2007, de 11 de julio EDL 2007/58351 , que incorpora dicha Directiva al derecho interno español; sobre ésta última debemos decir que no resulta de aplicación, pues el contrato es del año 2006, por lo que no estaba vigente dicha Ley 22/2007.

Respecto la Directiva 2002/65 EDL 1965/1191 / CE de Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, se establece que el plazo de transposición en los derechos de los Estados Miembros era en fecha 10 de septiembre de 2002, y como plazo máximo de adaptación al derecho interno, el 9 de octubre de 2004.

La Ley 16/1991 de 21 de noviembre, sobre contratos fuera de establecimientos mercantiles(vigente hasta el 1 de diciembre de 2007 en que entra en vigor el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre EDL 2007/205571 , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios EDL 1984/8937 y otras leyes complementarias); en su artículo 5 establece que "El consumidor podrá revocar su declaración de voluntad sin necesidad de alegar causa alguna, hasta pasados siete días contados desde la recepción".

La Directiva 2002/65 EDL 1965/1191 / CE de Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, en su artículo 6 establece un plazo de 14 días naturales para rescindir el contrato a distancia, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna. Sin embargo, dicho plazo deberá ampliarse hasta 30 días naturales en el caso de contratos relacionados con seguros de vida contemplados en la Directiva 90/619/CEE y jubilaciones personales. Dichos plazos se mantienen en la Ley 22/2007, de 11 de julio EDL 2007/58351 , mera cita dado que no estaba en vigor a la fecha del contrato que nos ocupa.

Se trata de cuestión no discutida, que el actor ejerció su derecho de desistimiento en el plazo de dos días a la firma del contrato mediante carta remitida por fax con certificado de acuse de recibo de Correos, que fue entregado a la demandada, como resulta del sello en el mismo (doc. 5 y 6), y de lo declarado en juicio por el asesor de la demandada -quién actuó en representación de la demandada dado que fue la persona de contacto con el actor-. En atención a ello, ya en aplicación de una u otra norma el ejercicio del derecho de rescisión lo fue en plazo, y tiene derecho a la devolución de la cantidad entregada, los 6.000 euros que se reclaman.

El juez de la instancia desestima la demanda por entender que no procede la rescisión dado que el actor recibió el asesoramiento financiero, y se estaría en los supuestos del apartado 2 del art. 6 de la Directiva, que exceptúa la resolución, además que no sería posible

en caso de entender la existencia de incumplimiento, dado que no podía restituir el actor el asesoramiento financiero.

Se alega por el actor error en la valoración de la prueba, tras el análisis de la prueba practicada y, en particular del juicio. Pues, guarda razón el apelante en que en la grabación del juicio no existe reconocimiento alguno del actor de haber recibido asesoramiento.

Contra lo que se alega por la demandada que se prestó el asesoramiento financiero, dado que se le informó al actor para que invirtiese 18.000 euros en valores de la empresa Novavax (Nvax) en la bolsa de valores Nasdaq. Pero no consta prueba documental alguna que por la empresa con sede en Madrid informare al Sr. Manuel residente en Pallejà (Barcelona), consumidor, sobre la inversión de una empresa farmacéutica en la bolsa de valores Nasdaq Stock Market, acrónimo de National Association of Securities Dealers Automated Quotation, con sede en New York.

No se aporta documental alguna de comunicación, ni de asesoramiento que avalaren la misma, conforme se establece en el contrato (doc. 2). Y, en juicio el actor es rotundo en declarar que no hablaron de ningún producto, de que no se le recomendó ningún producto (m. 5

y ss DVD), y que no ha recibido ningún dictamen ni información de ningún tipo de inversión; y, que no llegó a realizar ninguna inversión.

Lo cual aparece como normal, si partimos de que el día 14 de junio se le remite vía burofax el contrato, y el día siguiente telefónicamente, y el 16 de junio por medio de fax con acuse de recibo remite carta en que hace uso de la facultad de rescisión. Por lo que no había tiempo material para que conforme a lo establecido en el contrato, la demandada realice prima facie "un asesoramiento global sobre el patrimonio del cliente en su conjunto. El dictamen de IMPROLINKS, S.L. iría precedido de... así como de un intercambio de impresiones con el mismo con la finalidad de definir su perfil como inversor."; "Una vez realizado dicho estudio y definido el perfil IMPROLINKS, S.L. procedería a la elaboración de su dictamen sobre la alternativa o alternativas de inversión..."; y si bien en el punto 2º se refiere a "prestar un servicio de asesoramiento puntual" dice en el mismo punto "respetando igualmente su perfil y características", lo que requiere, por tanto, estudio previo.

El asesor de la demandada reconoce que en primer término interviene el departamento comercial, y tras la firma de contrato y la emisión de la factura, ya pasa a él como cliente. Y, dice que le corresponde a él realizar previo al posicionamiento -de un valor- hacer un estudio y elaborar un dictamen. Diciendo que en un día obviamente no puede hacerlo.

Por lo que, siguiendo dicha mecánica operativa que entra dentro de la normalidad y de lo pactado, no tiene cabida la declaración de que le comunicó sobre que invirtiese 18.000 euros en valores de la empresa Novavax (Nvax) en la bolsa de valores Nasdaq. Pues dado, la necesidad de elaborar dichos informes de perfil, y dictamen, y, que no puede realizarse en un día; no constando los mismos, y siendo la revocación al día o dos como máximo, no tiene cabida la supuesta comunicación, que no consta probada. Ni a efectos meramente de apoyo probatorio han aportado siquiera la posición de mercado de dicha farmacéutica en la supuesta fecha de que se le

comunicó la inversión, para valorar si la misma fuere interesante, atendiendo a la comisión que cobran -6.000 sobre 18.000 euros, en que se supone tendría que superar los beneficios un 33%-. En el art. 15 del Convenio se establece que la carga de la prueba corresponde al proveedor en materia de información del consumidor, así como del consentimiento del consumidor para la celebración del contrato y, cuando proceda, para su ejecución, no al consumidor (que se recoge igualmente en el vigente art.17 de la ley 22/2007).

Por lo que, como bien se alega por el apelante existe un error en la valoración de la prueba, no constando la existencia de asesoramiento financiero alguno, lo que impide atender las excepciones del apartado 2 del art. 6 de la meritada Directiva 2002/65 EDL 1965/1191 /CE, pues no estamos ni ante contrato ejecutado, ni tampoco en los supuestos de servicios financieros cuyo precio dependa de fluctuaciones de los mercados financieros que el proveedor no pueda controlar, que pudieran producirse durante el plazo en el transcurso del cual pueda ejercerse el derecho de rescisión, pues dicho servicio financiero no se había prestado, por lo que no habiendo posicionamiento en ningún valor, no cabe hablar de fluctuación del mismo.

Todo ello conduce a entender ejercitado en plazo el derecho de revocación, por lo que tiene derecho a la devolución de la cantidad de 6.000 euros, más los intereses legales desde el requerimiento fehaciente de pago de fecha 16 de junio de 2006, en que la demandada debía proceder a la devolución.

**TERCERO.-** Al ser estimada la demanda procede imponer a la parte demandada las costas de la instancia (art. 394 LEC EDL 2000/77463 ), y al ser estimado el recurso de apelación no procede hacer expresa imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en ésta alzada (art. 398.2 de la L.E.C. EDL 2000/77463 ). Vistos los preceptos citados y demás aplicables.

## FALLO

El Tribunal acuerda: **ESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Manuel, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Esplugues de Llobregat en fecha 4 de marzo de 2009, que debemos revocar y revocamos la misma, en el sentido de que, estimando íntegramente la demanda deducida por D. Manuel frente a IMPROLINKS S.L., debemos condenar y condenamos a la demandada a abonar al actora la suma de 6.000 euros, más los intereses legales el 16 de junio de 2006 hasta el efectivo pago, con imposición a la demandada de las costas de la instancia. Y, sin hacer especial condena en costas de esta alzada. La presente sentencia es susceptible de recurso de casación si concurren los requisitos legales (art. 469-477 - disposición final 16 LEC EDL 2000/77463 ), que se preparara ante este Tribunal en un plazo de cinco días a contar desde la notificación de la presente.

Firme esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.

Pronuncian y firman esta sentencia los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.