



Roj: **SAP M 2965/2018 - ECLI: ES:APM:2018:2965**

Id Cendoj: **28079370092018100061**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **9**

Fecha: **06/02/2018**

Nº de Recurso: **786/2017**

Nº de Resolución: **63/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN ANGEL MORENO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Novena

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 1 - 28035

Tfno.: 914933935

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0134986

Recurso de Apelación 786/2017 -2

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 08 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 882/2015

APELANTE: D./Dña. Isidora

PROCURADOR D./Dña. JORGE DELEITO GARCIA

APELADO: VERSUS WEALTH MANAGEMENT SARL

PROCURADOR D./Dña. MARIA JOSE BUENO RAMIREZ

SENTENCIA NÚMERO:

RECURSO DE APELACIÓN Nº 786/2017

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JUAN ÁNGEL MORENO GARCÍA

Dª. MARÍA JOSÉ ROMERO SUÁREZ

D. JOSÉ IGNACIO ZARZUELO DESCALZO

En Madrid, a seis de febrero de dos mil dieciocho.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, los Autos de Juicio Ordinario nº 882/2015, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Madrid, a los que ha correspondido el Rollo de apelación nº 786/2017, en los que aparecen como partes: de una, como demandante y hoy apelante **D. Isidora** , representado por el Procurador D. Jorge Deleito García; y, de otra, como demandada y hoy apelada **VERSUS WEALTH MANAGEMENT SARL**, representada por la Procuradora Dª. María José Bueno Ramírez; sobre asesoramiento inversión en el mercado de divisas y oro.

SIENDO MAGISTRADO PONENTE EL ILMO. SR. D. JUAN ÁNGEL MORENO GARCÍA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO



La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida

PRIMERO .- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Madrid, en fecha veintitrés de mayo de dos mil diecisiete, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " **Fallo** : Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador D. Jorge Deleito García, en nombre y representación de D. Isidora , contra la entidad "VERSUS WEALTH MANAGEMENT, SARL", debo absolver y absuelvo a la entidad demandada de todos los pedimentos dirigidos contra ella, con expresa imposición de las costas procesales a l a parte demandante."

SEGUNDO .- Notificada la mencionada sentencia por la representación procesal de la parte demandante, previos los trámites legales oportunos, se interpuso recurso de apelación, el cual le fue admitido, y, dándose traslado del mismo a la contraparte, que se opuso a él, elevándose posteriormente las actuaciones a esta superioridad, previo emplazamiento de las partes, ante la que han comparecido en tiempo y forma bajo las expresadas representaciones, substanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO .- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, ni estimando la Sala necesaria la celebración de vista pública, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento de votación y fallo, que tuvo lugar el día treinta y uno de enero del año en curso.

CUARTO .- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- No se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada que deben entenderse sustituidos por los de esta resolución judicial.

SEGUNDO .- Con carácter previo a resolver el recurso de apelación debe partirse como señala esta misma Sección en Sentencia de fecha 14-9-2012 del carácter y ámbito del recurso de apelación que viene delimitado por las cuestiones que han sido planteadas y debatidas en Primera Instancia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en base al recurso solo pueden perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia que se revoque un auto o sentencia y que en su lugar se dicte otra más favorable, siendo doctrina reiterada del Tribunal Constitucional en orden a la apelación civil (Sentencia 139/2002, de 3 de junio , y las que en ella se citan, 212/1994, de 21 de noviembre , 3/1996, de 15 de enero , 9/1998, de 13 de enero , 196/1999, de 25 de octubre , 200/2000, de 24 de julio 212/2000, de 28 de septiembre de 2000) que si bien la apelación, dada su condición de recurso ordinario, se configura como una revisión de la primera instancia en la que el Tribunal superior u órgano "ad quem" tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes, para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, tales facultades revisoras se encuentran limitadas tanto por la prohibición de la reformatio in peius, como por la imposibilidad de entrar a conocer o decidir sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación.

Habiendo declarado también esa Sala en sentencia de fecha 23 de marzo de 2012 que el recurso de apelación no es momento hábil para proponer cuestiones no planteadas en la fase expositiva ante el Juzgado, toda cuestión nueva debe ser rechazada sin más, pues entrar en esta segunda instancia en su examen supondría una transgresión de los principios de igualdad, preclusión y oportunidad procesal de defensa, al no haber sido objeto de debate en la instancia, lo que impide a la otra parte alegar sobre ella y proponer, en su caso, la prueba que estime (Sentencias de 7 de mayo de 1.993 , 18 de abril de 1.992 , 15 de abril de 1.991 , 20 de mayo de 1.986 , 6 de marzo de 1.984 , 2 de diciembre de 1.983 , entre otras muchas). En este mismo sentido ya la sentencia de esta misma Sección de 17 de abril de 2006 con cita de la STS de 9 de junio de 1997 declarado "la segunda instancia no es un nuevo proceso, las partes ni pueden pretender que se reproduzcan ni siquiera parcialmente aquellas actividades de alegación y prueba que son propias de la primera instancia, y menos aún articular pretensiones nuevas o solicitudes no deducidas oportunamente en aquélla".

Partiendo de que el actor y ahora apelante, aunque es un consumidor, solo se limitó en su demanda a solicitar la resolución del contrato de 4 de noviembre de 2013, llamado contrato de gestión de activos, sin que en ningún momento se haya alegado ni error en el consentimiento, ni la existencia de cláusulas abusivas en el citado contrato, limitándose en relación a dicho contrato a solicitar la resolución del contrato bien por existir un incumplimiento esencial de la parte demanda, o al menos parcial con restitución en su caso de 25.065,70 €, o de 19.665,70 €, no puede pretender que en esta alzada se entren a examinar cuestiones que no se plantearon en primera instancia, por lo que en relación al contrato de 4 de noviembre de 2013, solo puede examinarse

si existió ese incumplimiento que se alega, si bien debe tenerse en cuenta en su caso las normas que sobre este tipo de inversiones y de asesoramiento establece la ley del mercado de valores, en base al principio *iura novit curia*.

TERCERO .- Deben tenerse en cuenta los siguientes antecedentes a fin de resolver el recurso de apelación:

1º) La entidad demandada es una empresa de **nacionalidad** suiza, pero con una sucursal en España, teniendo entre su objeto social la gestión de activos destinados a fondos de inversión, asesoramiento en materia de inversiones, etc.

2º) Como consecuencia de dicha actividad el día 4 de noviembre de 2013 se firmó un contrato entre el actor calificado de contrato de gestión de activos, en virtud del cual el actor encomendó a la entidad demandada las correspondientes gestiones de inversión en el mercado de divisas habiendo procedido a la entrega con dicha finalidad de 30.000 €.

3º) A los dos meses de haberse producido la firma del contrato, y como consecuencia de las inversiones realizadas, por el bróker elegido por la demanda, se había producido la pérdida del 90% de la inversión, en el mercado FOREX, en el que se llevan a cabo la compraventa de divisas y de oro.

4º) Como consecuencia de dicho resultado el día 16 de enero de 2014, se firmó un nuevo contrato de gestión de activos, por el que el actor no llegó a realizar ninguna aportación.

5º) El actor y ahora apelante en su demanda solicitó la resolución del contrato de 4 de diciembre de 2013, por el incumplimiento del mismo por la entidad demandada, la devolución de las pérdidas sufridas, como consecuencia de dicho incumplimiento, y la nulidad del contrato de 16 de enero de 2014, y de forma subsidiaria, al entender que había existido un incumplimiento parcial de la demanda que se procediera a la devolución de las cantidades que por dicho incumplimiento se habían perdido de la inversión que en la demanda se fijaban en 19.665,70 €.

CUARTO .- No siendo discutido que los contratos de que traen causa este litigio, son contratos celebrados en España entre un consumidor y un profesional, ha de entenderse que la competencia para conocer de dicho litigio, corresponde por un lado a los tribunales españoles, debiendo resolverse con arreglo al derecho español, toda vez que la cláusula de sometimiento tanto a los tribunales suizos, como al derecho suizo, es nula de pleno derecho, pues al ser una cláusula claramente abusiva, las normas aplicables deben ser las del ordenamiento jurídico español, toda vez que el contrato se ha celebrado en España, todos sus efectos se van a producir en nuestro país, lugar donde se debe cumplir los derechos y obligaciones de las partes.

Debe entenderse por lo tanto que es aplicable al contrato la Ley del Mercado de Valores, Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, siendo necesario, de acuerdo con la citada ley que las sociedades o empresas de servicios de inversión, que son aquellas empresas cuya actividad principal consiste en prestar servicios de inversión, con carácter profesional, a terceros sobre los instrumentos financieros señalados en el artículo 2 de la ley (artículo 63), deben constar dichas empresas con la autorización de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (artículo 65), debiendo cumplir en el ejercicio de sus funciones las obligaciones que les impone los artículos 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores .

De la prueba documental aportada a los autos, ha quedado acreditado que la entidad demandada no tenía la correspondiente autorización administrativa a fin de actuar como empresa de inversión en España, tal como se deduce de la nota publicada por la CNMV, cuando la actividad realizada con el actor y ahora apelante, es la propia y características de un servicio de asesoramiento de inversión.

QUINTO .- En el escrito de apelación se alega como primer motivo del recurso de apelación, la ausencia de un relato de hechos probados, motivo que debe ser desestimado en la medida que las sentencias civiles, a diferencia de las sentencias penales no exige un relato de hechos probados, bastando a tal efecto, que los hechos probados se deduzcan del contenido de la sentencia y de la valoración de la prueba que se recoja en la misma.

Como segundo motivo del recurso de apelación se alega la falta de motivación de la sentencia, como vicio o defecto de la misma.

El artículo 218 de la LEC 1/2000 , exige la precisión claridad y congruencia de las sentencias con las pretensiones oportunamente debatidas en el proceso, estableciendo el párrafo segundo de dicho precepto que las sentencias debe ser motivadas; el requisito de motivación, exhaustividad y claridad de las sentencias derivadas no solo del art. 218 de la LEC , sino también del mandato constitucional recogido en el art. 120 de la Constitución , como ha puesto de relieve el TC por un lado que el derecho a la tutela judicial efectiva consiste en la obtención de una resolución de fondo, razonada y razonable - sentencias 163/1989, de 16 de octubre y 2/1990, de 15 de enero - pero la motivación no impone una minuciosa respuesta a todos y cada



uno de los argumentos esgrimidos por las partes en apoyo de sus pretensiones - sentencia 70/1991, de 8 de abril - ni exige en el Tribunal o Juez una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le ha llevado a resolver en determinado sentido, ni le impone determinada extensión, intensidad o alcance del razonamiento empleado, sino que para su cumplimiento es suficiente que conste de modo razonablemente claro cuál ha sido el fundamento de Derecho de la decisión adoptada - sentencia 100/1987, de 12 de junio -.

Ahora bien, partiendo de que la sentencia de instancia es un tanto escueta, si resuelve sobre todas las cuestiones planteadas, en orden a la reclamación formulada al entender que al no existir incumplimiento del primero de los contratos, ya estar resueltos los contratos, procede la desestimación de la demanda; pero con independencia de lo anterior, el defecto o insuficiencia de motivación el único efecto que puede tener es que se subsane en esta alzada, en esta misma resolución judicial.

SEXTO .- Como se recoge en la sentencia de instancia, y a pesar de las alegaciones que se hacen en el escrito de apelación, el contrato de 4 de noviembre de 2013 cuando se presentó la demanda ya estaba resuelto, no solo porque consta en los autos, la comunicación que en tal sentido el actor remitió a la entidad demandada y que fruto de esa resolución fue la firma del contrato de 16 de enero de 2014, contrato que del conjunto de las pruebas practicadas tenía como finalidad el resarcir o intentar resarcir al actor de las pérdidas que le había producido el contrato de 2013.

Como también se recoge en la sentencia de instancia el hecho de que se haya producido la resolución del contrato por vía extrajudicial, por incumplimiento total o parcial de la demandada en su caso, no priva al actor de la correspondiente acción a fin de reclamar los daños y perjuicios que el incumplimiento del contrato le haya podido producir.

Teniendo en cuenta que el actor alegaba en su demanda, y que fue lo examinado en la sentencia de instancia, que el demandado incumplió total o parcialmente el contrato, lo que procede en su caso es examinar a tenor del mismo, si la entidad demandada incumplió o no alguna de las obligaciones derivadas del contrato.

Debe partirse que son aplicables las obligaciones que los artículos 78 , 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores , impone a las empresas que se dedique a labores de asesoramiento en materia de inversiones, calificación de los clientes, a informarles adecuadamente, así como a comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en dicha ley; pues el hecho de que la entidad demandada no tenga la correspondiente licencia, ni cumpla los requisitos que establece el la Ley del Mercado de Valores, para llevar a cabo estas labores de asesoramiento, no impide que dichas obligaciones inherentes a toda labor de asesoramiento de inversiones a las empresas autorizadas, deban ser exigibles también a las empresas que sin cumplir dichos requisitos lleven a cabo esas labores de asesoramiento de inversión, obligaciones legales que deben cumplirse no solo con carácter previo a la firma del contrato de gestión de inversión, sino también durante todo el desarrollo y vigencia del mismo, pues a tenor del artículo 1258 del C. Civil , los contratos no solo obligan a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe y a la ley; debiendo por lo tanto las entidades que se dediquen a este tipo de asesoramiento, vienen obligadas no solo al cumplimiento de lo pactado en el contrato, sino también a las obligaciones que en el cumplimiento del mismo se derivan de la Ley del Mercado de Valores.

Como se alega por la parte actora y ahora apelante dado que estamos ante un contrato de adhesión, que el mismos ha sido redactado en su totalidad por la parte demanda, la interpretación del contrato de acuerdo con las reglas generales que establecen los artículos 1281 y sus del C. Civil , debe hacerse con la finalidad de encontrar la voluntad acorde de las partes, sin que la interpretación de las cláusulas oscuras pueda favorecer a la parte que ha dado lugar a su oscuridad (artículo 1288), como es en este caso la entidad demandada.

La parte actora alego en su demanda, y reproduce en esta alzada que la entidad demandada incumplió el contrato, por no haber llevado a cabo inversiones conservadores, ni ha aplicado limitaciones de riesgo, ni ha asegurado un máximo de pérdidas acumuladas del 18% y una limitación del riesgo del 20%, lo que a juicio de la parte ahora apelante implica dicho incumplimiento.

Partiendo de que la parte actora y en relación con el contrato de 4 de noviembre de 2013, no alega su nulidad, sino su incumplimiento, no se puede desconocer que el invertir en el mercado de divisas o de oro, en el presente caso de divisas es una inversión de alto riesgo, hecho que parece conocer el apelante por sus alegaciones; del propio contrato y de los documentos aportados, y que se suscribieron y se entregaron al actor se deduce que se preveía un máximo de riesgo del 20% , sin que la oscuridad de dicha previsión, que la parte apelada pretender aclarar que cada una de las posiciones gestionadas por VERSUS tenía una exposición en torno al 20% del capital, y por lo tanto que no será sobre la totalidad de la inversión, aclaración que en modo alguno se deduce de las clausulas y documentos entregados por la ahora a apelada.



Teniendo en cuenta que la entidad demandada incumplió no solo las obligaciones derivadas de los artículos 78 , 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores , no solo en la fase precontractual, sino durante la vigencia del contrato, que por otro lado no cumplió con las previsiones de inversión que la misma recogía tanto en el contrato, como en los documentos complementarios que se entregaron de forma simultánea al contrato, debe entenderse que ha existido el incumplimiento esencial del mismo, siendo su consecuencia la obligación de la entidad demandada de proceder a resarcir al actor de los daños y perjuicios causados, que deben fijarse en el importe del capital perdido 25.065,70 €, con los intereses legales correspondientes desde la fecha de la interpelación extrajudicial, el 17 de septiembre de septiembre de 2014.

Sin que por otro lado proceda a entrar a examinar sobre la nulidad o no del contrato de 4 de enero de 2014, en la medida que la parte actora y ahora apelante, como recoge la sentencia de instancia, comunicó a la demanda su voluntad de resolver dicho contrato, resolución que fue aceptada por la demandada, por lo que en la medida que dicho contrato carecer de efectos y eficacia, no procede entrar a examinar la nulidad que se alega en relación a dicho contrato.

SÉPTIMO .- De conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley De Enjuiciamiento Civil , las costas de primera instancia han de imponerse a la parte demandada dada la estimación sustancial de la demanda, sin que proceda hacer expresa imposición de las costas de esta alzada.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLO:

Estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte demandante D. Isidora , contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Madrid el veintitrés de mayo de dos mil diecisiete **SE REVOCA** dicha sentencia , y estimando la demanda se condena a la entidad VERSUS WEALTH MANAGEMENT SARL a que abone al actor 25.065,70 € (veinticinco mil sesenta y cinco euros con setenta céntimos), con los intereses legales desde el 17 de septiembre de septiembre de 2014, y con los intereses del artículo 576 desde la fecha de esta resolución judicial.

Todo ello con imposición de las costas de primera instancia a la parte demandada, sin que proceda hacer expresa imposición de las costas de esta alzada, con devolución al recurrente del depósito constituido de conformidad con el punto 8º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación literal al rollo de Sala del que dimana, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Haciéndose saber que contra la misma cabe recurso de casación de acreditarse el interés casacional, que deberá interponerse ante este Tribunal en el término de veinte días desde la notificación de la presente.

RECURSO DE APELACIÓN Nº 786/2017

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. Certifico.- Madrid, a siete de febrero de dos mil dieciocho.