

## SENTENCIA NÚM.:69/2011

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS DOÑA ROSA MARÍA ANDRÉS CUENCA DON GONZALO CARUANA FONT DE MORA DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA	En Valencia a 15 de febrero de dos mil once.
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON/ DOÑA ROSA MARÍA ANDRÉS CUENCA**, el presente rollo de apelación número 000001/2011, dimanante de los autos de Juicio Ordinario - 000812/2009, promovidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 12 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a ASOCIACION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE SERVICIOS GENERALES AUGE y POPULAR BANCA PRIVADA SA, representado por el Procurador de los Tribunales FRANCISCO JAVIER BARBER PARIS y SALVADOR VILA DELHOM, y asistido del Letrado don JOSE MARIA DAVO ESCRIVA y RAMON ALEGRE NAVARRO, en virtud del recurso de apelación interpuesto por ASOCIACION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE SERVICIOS GENERALES AUGE y POPULAR BANCA PRIVADA SA.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado de Primera Instancia de JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 12 DE VALENCIA en fecha 13-10-2010, contiene el siguiente FALLO: "**1. QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO parcialmente** la pretensión formulada por ASOCIACION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE SERVICIOS GENERALES (AUGE) en nombre de D.

y Dña. , contra POPULAR BANCA PRIVADA SA.

2. **QUE DEBO DECLARAR Y DECLARO** que la demandada ha incumplido su obligación de información y asesoramiento diligente,
3. **QUE DEBO CONDENAR Y CONDENO** a la demandada a pagar a la actora la cantidad que se determine en ejecución de Sentencia según el Fundamento de Derecho CUARTO de esta resolución por los daños y perjuicios causados, en concreto, deberán esperarse las partes a la liquidación que se practique en el procedimiento concursal respecto a los 115 bonos OB LEHMAN BROS. 7,25% VT 051035 FR, ISIN XS0229584296, para cuantificarlo y restarlo de esos 84.728,26 euros.
4. Todo ello sin hacer expresa condena en costas."

**SEGUNDO.-** Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por ASOCIACION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE SERVICIOS GENERALES AUGE y POPULAR BANCA PRIVADA SA, dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

**TERCERO.-** Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** La parte apelante y demandada en el presente procedimiento, POPULAR BANCA PRIVADA solicita, como cuestión previa, al interponer el recurso de apelación contra la sentencia dictada el 13 DE OCTUBRE DE 2010 por el Juzgado de Primera Instancia 12 de Valencia, la posible nulidad de actuaciones, al no resultar audible el soporte de grabación del juicio, en cuanto a las respuestas –sí respecto de las intervenciones de los letrados y del Juzgador- para valorar el desarrollo y las pruebas practicadas en el acto del juicio, lo que considera le produce indefensión y determina una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, por las razones que especificó, tratándose de un hecho de imposible subsanación a tenor de lo preceptuado en el artículo 231 LEC, determinando una flagrante infracción de lo preceptuado en los artículos 147 y 148 LEC, resultando imprescindible que pueda revisar esta Sala la prueba practicada, para resolver el recurso de apelación planteado, indicando, seguidamente que, para el supuesto de que la Sala no accediese a tal nulidad, y considerase lo que expresa, oponía, asimismo, los demás argumentos contra la resolución dictada en primera instancia. La parte contraria, aquí demandante, ASOCIACION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE SERVICIOS GENERALES –AUGE- , por su parte, frente a dicha petición inicial, que no procedía la declaración de nulidad postulada, considerando que con la utilización de elementos adicionales la grabación podía escucharse, aunque admitió que con dificultad, quedando las actuaciones para resolver lo procedente en orden a esta primera cuestión suscitada.

**SEGUNDO.-** Cabe analizar, en primer lugar, por ello el motivo de recurso planteado con carácter previo, relativo a la solicitada nulidad de actuaciones, alegando la parte demandada no resultar audible el soporte del acto del juicio.

Esta Sala, en supuestos similares en ocasiones precedentes (por todas, sentencia de 21-2-06) tras ponderar las circunstancias expuestas, ha resuelto la pertinencia de decretar la nulidad de actuaciones cuando la grabación del juicio resulta inaudible, con fundamento en las siguientes *consideraciones*:

- a) *De un lado, porque si bien la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente , en su artículo 146,2, indica que cuando se trate de actuaciones que, como la que aquí nos ocupa, hayan de registrarse en soporte apto para la grabación y reproducción, el acta se limitará a consignar, junto con los datos relativos al tiempo y al lugar, las peticiones y propuestas de las partes y las resoluciones que adopte el tribunal, así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte, ello no impediría, en ningún caso, dotar el acta de una mínima referencia al contenido de las declaraciones que, en supuestos de indebida grabación del soporte, como el que aquí concurre, permitiera, conjuntamente con el contenido de los escritos de las partes y la sentencia, ponderar de forma adecuada las alegaciones a fin de resolver el recurso planteado, situación esta que no concurre en el supuesto examinado.*
- b) *De otra parte, porque el recurso viene a referirse a la errónea valoración de la prueba, e interesa de la Sala, expresamente, la valoración de la prueba testifical practicada, que, evidentemente, exige su examen directo no constando más elementos, como admite el propio apelado, que lo recogido en la sentencia, que, evidentemente, se cuestiona, porque así resulta del planteamiento del recurso, y lo que manifiesta la parte, obviamente teñido de la parcialidad lógica, sin que, ni uno ni otro elemento pueda reputarse suficiente, y sí, en otro caso, causante de indefensión a la recurrente, ya que, de no accederse a la nulidad postulada, esta Sala no podría valorar las pruebas llevadas a cabo y, por tanto, carecería de elemento adicional alguno para estimar, como dicha parte pretente, el recurso planteado.*
- c) *No puede, tampoco, ser valorado el fondo con carácter previo a la declaración de nulidad que se postula, para comprobar la relevancia o no del testimonio y las declaraciones vertidas en el acto del juicio, ya que existe un juicio previo a efectuar, que es el que nos ocupa, y por el que únicamente tenemos que valorar si el motivo de recurso planteado guarda relación con el contenido de las actuaciones que se desarrollaron oralmente, pero que no han quedado reflejadas en el soporte, o, aun concurriendo tales circunstancias, ambas partes convienen en lo acaecido y, por tanto, resulta estéril su reproducción, pudiendo efectuarse la valoración del recurso a la luz de lo expuesto. En este caso, no es así, porque una de las partes, precisamente la recurrente, insiste en la necesidad de que el Tribunal de segunda instancia valore tales manifestaciones directamente, discrepando de la interpretación efectuada por el Juez “a quo” con lo que privar de tal prueba a dicha parte podría determinar una clara indefensión y no disponemos de ningún dato adicional para obviar tal contingencia en modo menos gravoso, ya que el acta resulta ciertamente sucinta, y no hace, siquiera, referencia a lo concretamente indicado en aquel, y la sentencia, aunque sí refiere en forma extensa el resultado de la prueba, interpreta, contiene dichas referencias con relación a la propia interpretación efectuada, como no podía ser de otro modo.*
- d) *Finalmente, cabe puntualizar que tampoco resulta factible la nulidad parcial de actuaciones, que la Ley no prevé, ni resulta acorde a las normas de aplicación, ya que el desarrollo del acto es único, y, por tanto, debe efectuarse en su integridad en el mismo modo en que se actuó inicialmente:*

En el supuesto presente, sin embargo, entendemos que la grabación, aunque muy deficiente, no presenta una situación anómala de tal entidad que deba determinar la pertinencia de la nulidad de actuaciones postulada. Es cierto que, en ocasiones, no resulta audible, en absoluto, alguna de las respuestas del interrogatorio o de la testifical practicadas, y que, en cualquier caso, se requiere una gran concentración y utilización de auriculares, con un volumen máximo, que, por no hallarse correctamente ubicado o colocado el micrófono, no se capta con nitidez (sólo respecto de las respuestas). Ahora bien, con todo ello, resulta posible deducir el sentido general de las intervenciones, lo que desaconsejaría la nulidad pretendida, máxime porque la parte que lo interesa estuvo presente en las actuaciones, la sentencia sólo en forma tangencial se refiere a las declaraciones y su sentido general, como hemos dicho, puede percibirse –no sin dificultad-. La declaración de nulidad postulada, reservada a aquellas situaciones más graves con imposibilidad absoluta de reproducción de sonido, o de imagen y sonido, no es, desde luego, el supuesto aquí concurrente. Por ello procede, en consecuencia, desestimar tal motivo de recurso, entrando a examinar la cuestión de fondo controvertida.

**TERCERO.-** Como se ha indicado anteriormente, el juzgado de Primera Instancia 12 de Valencia dictó sentencia, con fecha 13 de Octubre de 2010 que estimaba la demanda formulada por ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USARIOS DE SERVICIOS GENERALES (AUGE) en nombre de

y  
contra POPULAR BANCA PRIVADA SA,  
declarando que la demandada ha incumplido su obligación de información y asesoramiento diligente y condenando a la demandada a pagar a la actora la cantidad que se determine en ejecución de sentencia según el fundamento jurídico cuarto de esta resolución por los daños y perjuicios causados, en concreto, tras la liquidación que se practique en el procedimiento concursal respecto a los 115 bonos OB LEHMAN BROS. 7.25% que se identifican, para cuantificarlo y restarlo de los 84.728'26 Euros en que estima el perjuicio irrogado a los demandante, y ello por concluir la Juzgadora que la demandada no se limitó a una función de intermediación, esto es a la mera ejecución de las órdenes del cliente, sino a una labor de asesoramiento e información, que ratificaron los empleados de la demandada que depusieron como testigos, diversificando su inversión en fondos nacionales y extranjeros y el resto en renta fija extranjera –los discutidos- habiéndose decantado por éstos por su mayor rentabilidad, pues, en otro caso, se habrían conservado las imposiciones a plazo fijo que tradicionalmente habían venido efectuando, siendo la última realizada de 106.820 Euros (de 24.3.06 a 23.4.06). La sentencia recoge que si bien en el momento de la compra de los bonos LEHMAN *no había entrado en vigor la normativa MIFID (sic) –por MIFID: Markets in Financial Instruments Directive-* que no se le facilitó el folleto de la emisión, ni se le informó que la emisora era Lehman Brothers, ni el riesgo asumido, y aunque admite que la demandada no tenía tal obligación, no se aportó documento escrito –por ninguna de las dos partes- del que resulte qué compró la parte demandada, al no existir identificación concreta de la emisora. Acreditándose, por lo expuesto, la negligencia o mala praxis profesional, y concluyendo que los daños y perjuicios han de ascender a los 84.728'26 Euros que detalla, cantidad de la que deberá detrarse lo que se obtenga en la liquidación que se practique en el procedimiento concursal contra la entidad emisora –en ejecución de sentencia-

Frente a dicha resolución recurrió en apelación la parte actora, en cuanto al pronunciamiento que pospone la determinación de la suma a que asciende la condena a la liquidación del concurso, ya que de la cantidad que se expresa en el fallo de la sentencia deberá detrarse lo que allí se obtenga, que, considera, convierte en ilusoria e indeterminada la condena conseguida, solicitando, en este momento, la nulidad del contrato, por graves defectos que invalidan el consentimiento prestado, e interesando la mutua restitución de lo percibido.

Los motivos del recurso de apelación, que, por su parte, plantea la parte demandada, se centran en lo que sigue:

- a) Se trata de un contrato de intermediación y depósito de instrumentos financieros que no comporta un servicio de asesoramiento. Este es un contrato que conlleva la lógica contraprestación por parte del cliente, si bien el asesoramiento implica intervención por parte de la entidad y una recomendación personalizada e individualizada dirigida a un inversor en concreto.
- b) Consecuencia del error anterior, serán los defectos de información que la sentencia considera concurrentes, y que no pueden apreciarse, puesto que fue el actor el que se interesó para invertir 300.000 Euros en productos de alta rentabilidad y se le informó de características y riesgos. La apreciación de que querían rentabilidad, y no riesgo, es errónea, porque otros productos adquiridos eran productos de mayor riesgo que los bonos *Lehman*, que en aquel momento, eran de bajo o nulo riesgo, pero circunstancias extraordinarias y no previsibles llevaron a la quiebra de la entidad, de todos conocida. No son responsables de las pérdidas derivadas de la orden de compra, debidamente informada y libremente emitida respecto de los bonos Lehman a que se refiere este procedimiento.

**CUARTO.-** En relación con la cuestión de fondo, esta Sala, acepta en lo fundamental, la resolución dictada por el Juzgado de primera Instancia, pasando, seguidamente, a resolver los concretos motivos de recurso

planteados, en primer lugar, por la parte demandada, incidiendo, en cuanto sea necesario, en la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada.

Sobre cuestiones análogas se ha pronunciado esta misma Sección en distintas resoluciones, (por todas -en cuanto poseen similar sustrato fáctico- sentencia S 9ª AP de Valencia de 17 de julio de 2008-R.A 233/08-) precisando, en relación a la problemática derivada de la contratación del producto financiero que nos ocupa, y con referencia a otra sentencia anterior, también de esta Sala, que:

*“Cierto es, como señala algún autor, y este mismo Tribunal ha tenido ocasión de declarar en Sentencia de 14 de noviembre de 2005, que la especial complejidad del sector financiero –terminología, casuismo, constante innovación de las fórmulas jurídicas, transferencia de riesgos a los clientes adquirentes...- dotan al mismo de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores, que conllevan la necesidad de dotar al consumidor de la adecuada protección tanto en la fase precontractual –mediante mecanismos de garantía de transparencia de mercado y de adecuada información al consumidor (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación)- como en la fase contractual –mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones – como finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación. La Ley de Mercado de Valores y el Código General de Conducta de los Mercados de Valores, en lo relativo a la información a suministrar al cliente, considera que las entidades deben ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información relevante para la adopción por ellos de las decisiones de inversión, dedicando el tiempo y la atención adecuada para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Con arreglo a tal normativa, la información debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y haciendo expreso hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo a fin de que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata”. Y seguimos indicando en dicha resolución, - y hemos de mantener en la presente- , en sede de cuyo procedimiento también declararon, como en éste, la hermana de la hoy demandante, María ...el esposo de ésta que estuvo presente en todas las reuniones informativas con el Banco, Eduardo, ..., ...y ...estos dos últimos empleados del Banco y especialista el último en el tipo de productos finalmente contratado por la demandante-, que conforme a la citada normativa aplicable, y examinadas las concretas circunstancias del caso, la prueba practicada revela que la parte actora fue debidamente informada del producto contratado. Y ello, aún cuando en el presente caso la demandante, María José..., haya mantenido lo contrario en consonancia con las propias declaraciones de su hermana y su cuñado, teniendo en cuanto al efecto las siguientes consideraciones:*

1) Los documentos nº 6 de la demanda y 9 de la contestación a la demanda, pese a lo indicado por la parte recurrente, si son reproducción en cuanto a su contenido pues, en definitiva, contienen la información necesaria para que la parte actora tuviera conocimiento del producto que estaba adquiriendo: preferentes de Lehman Brothers Treasury; Garante: Lehman Brothers Holding; Fecha de Emisión en Octubre de 2005; Fecha de Vencimiento en Octubre de 2035; Formato deuda senior con calls cada 5 años; Rentabilidad del 6'25% el primer año, y del 7'5% del segundo al quinto año; y Liquidación de Intereses anual.

2) El documento 6, con la antedicha información, le fue entregado a la actora al momento de la suscripción de los contratos de depósito y administración de valores y de asesoramiento sobre inversiones, fechados el 10 y el 17 de octubre respectivamente, momento en cualquier caso posterior a la firma de orden de valores por la que se produjo la adquisición de los preferentes de Lehman Brothers. Pero tal circunstancia, con ser cierta, no significa que fuera a tal fecha, posterior a la compra de valores, cuando la demandante tuvo conocimiento de lo que estaba adquiriendo pues, precisamente el documento 9 de la contestación a la demanda, que reproduce la íntegra información de tales valores, le fue entregado con anterioridad, tratándose de la hoja de condiciones que le fue presentada a la Sra. ...y a sus hermanas para la contratación de los valores que tuvo lugar el 29 de septiembre de..., como con claridad resulta tanto del documento nº 3 de la contestación a la demanda (f...), como de las declaraciones de los Sres. ...

3) Aún cuando la testigo María Dolores ...negó haber recibido el fax obrante al folio ...de autos (documentos nº 1 y 2 de la contestación a la demanda), necesariamente hubo de admitir que el número de fax al que va remitido aquél y que consta en el encabezamiento de la transmisión, es el correspondiente al número de fax de su trabajo – Departamento de Contabilidad del Hospital ...-, debiendo destacarse en relación al mismo –remitido en junio de 2006- que su contenido viene referido a la información que Banesto le remite sobre diferentes cotizaciones preferentes (Deutsche Bank, Banesto y Royal Bank of Scotland). Este dato ha de ponerse en relación con el hecho, admitido por la litigante y todos los testigos, de que con anterioridad a la firma del documento “orden de valores” distintos empleados de la entidad bancaria –en particular los dos directores sucesivos de la sucursal de ...- fueron al domicilio familiar de la demandante y sus hermanas –quienes actuaban conjuntamente- con la finalidad de informarles sobre los distintos productos financieros con los que podrían obtener la mayor rentabilidad que pretendían y les habían solicitado en comparación con el depósito a plazo fijo en el que tenían ingresado el dinero.

4) Además de esta previa información, la **“orden de valores”** suscrita por la Sra. ...en fecha 29 de septiembre de 2005, clara, expresa y terminantemente indica que el producto adquirido eran valores de Lehman Brothers, 7'25%, señalándose en dicho documento –previa la firma de la apelante- que **“el ordenante hace constar que recibe copia de la presente orden, que conoce su significado y trascendencia, así como que ha sido informado de la tarifa de comisiones y gastos aplicables a la operación, y autoriza a la entidad ..., en último extremo, a la enajenación de los valores en un mercado organizado en la cantidad necesaria para resarcirse de la cantidad que acredite, ...”**. Por tanto, del contenido de dicho documento resulta incontestable la naturaleza del producto adquirido por la demandante, -sometido a los vaivenes de la cotización en bolsa-, sin que pueda servir de descargo a los efectos de la nulidad pretendida la manifestación que en el acto del juicio efectuó la Sra. en el sentido de haber firmado los documentos sin leer, pues en todo caso le era exigible esa mínima diligencia, al considerarse que tal error, como ya dijéramos en la anterior sentencia citada de 17 de julio de 2008, era vencible mediante la simple lectura de la documentación. Como indica la STS de 18 de febrero de 1994 (EDJ 1994/1457), entre otras, **“La Sala en línea de principio y abordando el análisis del llamado error propio/vicio -a diferencia del obstativo- ó sobre la declaración negocial rubricado en citado art. 1266.1º CC y, que es el subsumido en el litigio, y el influjo de su inexcusabilidad**

que, de existir, habilite el axioma "qui errant no consentire videtur", invalidando el negocio en que aquél haya acontecido, expresa que con la mejor doctrina, debe afirmarse que según nuestra jurisprudencia para ser invalidante, el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable requisito que el CC no menciona expresamente y que se deduce de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el art. 7 CC; Es inexcusable el error (de la STS 4 enero 1982), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica de requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración; y el problema no estriba en la admisión del requisito, que debe considerarse firmemente asentado, cuanto en elaborar los criterios que deben utilizarse para apreciar la excusabilidad del error: en términos generales -se continúa- la jurisprudencia utiliza el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible y que la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas: así es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, (por ej., anticuarios en la STS 28 febrero 1974 o construcciones en la STS 18 abril 1978). La diligencia exigible es por el contrario, menor, cuando se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un experto (STS 4 enero 1982) y siendo preciso por último para apreciar esa diligencia exigible apreciar si la otra parte coadyuvó con su conducta o no aunque no haya incurrido en dolo o culpa se concluye". Y,

5) La entidad demandada apelante, Banco..., no estaba obligada a publicar las condiciones de la emisión – cuestión ésta distinta a la información que le fue facilitada a la demandante-, pues actuaba como mero agente o intermediario, por lo que tampoco es de apreciar infracción alguna de la normativa relativa a la actividad bancaria ni de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios".

Pues bien, si nos atenemos a los parámetros anteriormente expuestos, y aun admitiendo, puesto que así resulta, en principio, de la literalidad del contrato que vinculaba a las partes, que se trataba de un contrato de intermediación y depósito de valores, que, como afirma la parte apelante, no comporta un servicio de "asesoramiento", éste debe desvincularse, con claridad, de lo que supone información clara y explícita de los productos que eran objeto de contratación. Resulta llamativo y así lo expone la Juzgadora de Primera Instancia, que ninguna de las partes haya aportado a las actuaciones documento del que resulte con claridad la información del demandante sobre el producto en cuestión, y, de hecho, la testifical refiere una información "verbal" sobre el cuadernillo, y aunque podría admitirse que no se aportase con la demanda, no resulta razonable que, de existir, no sea aportado a las actuaciones por la demandada, siendo indudable que, en tales casos, una copia suscrita queda siempre en poder de la entidad. Tal y como refleja la sentencia de primera instancia, aunque no existiera obligación de entregar la base de contratación de los Bonos Lehman, si no se solicitó inicialmente –y esto no se ha acreditado- tampoco podemos considerar que la entrega de una copia de unas bases de contratación o emisión de 150 folios en inglés, que, además expresa textualmente como fecha la de 24 de Julio de 2008 (y menciona que reemplaza el ejemplar de 24-7-07) pueda suponer una información previa suficiente, en ningún caso, además de ser posterior a la fecha de contratación de los bonos objeto del presente procedimiento, como se ha indicado.

Así pues, dejando la cuestión en los términos de "información" –que no asesoramiento en sentido estricto- sí hemos de referirnos, sin embargo, a que el propio contrato suscrito entre los hoy litigantes se refiere expresamente a la sumisión a la normativa de la Ley del Mercado de Valores, aludiendo, expresamente la norma octava, 2 del mismo a que "**Ambas partes ajustarán su actuación a lo previsto en la formativa (sic) bancaria, Ley del mercado de Valores, y normativa y directrices complementarias**" (vid folios 67, 81, 336, 338), lo que ha de llevarnos a valorar qué debe entenderse, en este ámbito, como información adecuada al cliente, a la luz de lo que, en su momento, se indicaba en la sentencia de esta Sección Novena de 14-11-05, anteriormente citada, en la que afirmábamos lo que sigue:

"La Ley de Mercados de Valores y el Código General de Conducta de los Mercados de Valores, en lo relativo a la información a suministrar al cliente, considera que las entidades deben ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información relevante para la adopción por ellos de las decisiones de inversión, dedicando el tiempo y la atención adecuada para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Así lo disponía el artículo Art. 79 de Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores, en su redacción vigente al tiempo de producirse los hechos, al decir las entidades de crédito que actuasen en el Mercado de Valores debía atenderse, entre otros, 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", "c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios", "e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados" (el destacado en negrilla es nuestro). Con arreglo a tal normativa, la información debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y haciendo expreso hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo a fin de que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata – Art. 5.3 del Código General de Conducta del Mercado de Valores, de obligada observancia con arreglo al contenido del artículo 78 b) de la Ley de Mercado de Valores anteriormente citada-

Ya se indicaba así en el anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios - BOE 21 de Mayo – al disponer que todas las personas y entidades deben actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, conteniendo el artículo 4 relativo a "Información sobre la clientela" las bases sobre las que se asienta la Teoría del "Perfil del cliente" a que se ha hecho referencia anteriormente, al ordenar que "- 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.” El artículo 5 relativo a la “Información a los clientes” añadía que .- “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. ... 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. ... 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. ...” (los destacados en negrita son nuestros).

Algunos autores señalan, incluso, que en el caso de productos de inversión complejos la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, conforme al contenido del Artículo 2 de la Orden Ministerial de 7 de octubre de 1999 del Ministerio de Economía y Hacienda que desarrolla el Código de Buena Conducta y Normas de Actuación en la Gestión de Carteras de Inversión estableciendo que las entidades deben solicitar a sus clientes información sobre su experiencia inversora, objetivos, capacidad financiera y preferencia de riesgo-, sin que quepa la elusión de responsabilidad por parte de las entidades de inversión por razón del concepto genérico de “preferencia de riesgo” cuando las inversiones aconsejadas son incompatibles con el perfil inversor de un cliente y producen el resultado negativo de dañar su patrimonio, pues resulta de los apartados b) y c del artículo 2 que “**las entidades deberán asesorar profesionalmente a sus clientes en todo momento, tomando en consideración la información obtenida de ellos,** c) ) Las entidades desarrollarán su actividad de acuerdo con los criterios pactados por escrito con el cliente («criterios generales de inversión») en el correspondiente contrato. **Tales criterios se fijarán teniendo en cuenta la finalidad inversora perseguida y el perfil de riesgo del inversor o,** en su caso, las condiciones especiales que pudieran afectar a la gestión. Dentro del marco establecido por estos criterios, **los gestores invertirán el patrimonio de cada uno de sus clientes según su mejor juicio profesional, diversificando las posiciones en busca de un equilibrio entre liquidez, seguridad y rentabilidad, dando prevalencia siempre a los intereses del cliente.**” (los destacados en negrita son nuestros)

La propia COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES en el informe anual sobre reclamaciones correspondiente a 1998 ya recomendaba a las entidades financieras que además de interesarse por el perfil del inversor y señalarle los riesgos de la inversión, fueran particularmente escrupulosas cuando la operación implicase la selección de mercados radicados en otros países.

El Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) en Sentencia de 20 de Enero de 2003 - Ponente: Sr. Almagro Nosete, LA LEY JURIS: 794/2003 – declara:

“...Ya la Ley del mercado de valores de 1988 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), 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 del mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en los 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”

Lo anteriormente transcrito nos releva de mayores consideraciones. Lo cierto es que la demandada, como hemos dicho, no acreditó haber cumplido su deber de información, que le competía, a la luz de la normativa –a la sazón vigente- y a la que se había sometido contractualmente; que no se ha aportado, por su parte, documental que refleje la información adecuada y suficiente sobre el producto contratado, información que –se dice- fue verbal, y por ello, se revela insuficiente en estos supuestos, dado el perfil de quien contrató, al que seguidamente aludiremos.

En efecto, de la documental aportada por la entidad demandada –folio 398- resulta que el demandante siempre contrató con la entidad Banco Popular “Imposiciones a plazo fijo” en los periodos anteriores a la contratación que nos ocupa, con matices o variaciones que no constan. Se advirió por los testigos que se pretendía mayor rentabilidad y no riesgo y se diversificó la operación global afectando un tercio de la inversión a la renta fija internacional que aquí nos ocupa. El perfil contratante del demandante ha de calificarse como de esencialmente conservador, si nos atenemos a lo anterior, sin que la administración de sociedades que resulta de las actuaciones pueda llevar, en relación con el producto que nos ocupa, a otra consideración, puesto que no se ha aportado el soporte documental necesario para valorar la información que poseía y calibrar si, efectivamente, la opción de contratación se hallaba sustentada en el cumplimiento de aquella obligación en la forma determinada por las normas a las que se ha aludido. En consecuencia, los motivos del recurso planteado por la entidad demandada han de decaer, puesto que la conclusión que hemos de extraer de lo actuado no difiere de la obtenida por la Juzgadora de Primera instancia, en orden a que la demandada asumía, en el presente supuesto, obligación de información –

como la propia parte admitió en su momento- y que la facilitada no fue suficiente, atendidos los riesgos y el perfil del contratante, procediendo, en consecuencia, la desestimación del recurso por dicha parte planteado.

**QUINTO.-** Resta analizar el recurso de apelación que contra la sentencia efectúa la parte demandante en orden a la concreción de los daños y perjuicios que aprecia la sentencia de primera instancia, y respecto de la petición de nulidad contractual que plantea -y que, ya anticipamos, no guarda relación alguna con los términos de la demanda que en su momento presentó-.

Esta Sala no puede entrar, en modo alguno, en una petición de nulidad que no resulta de lo actuado, bastando recordar que la parte demandante, textualmente, planteó –folio 2 y suplico de su demanda- reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad contractual al amparo del artículo 1101 del Código Civil- por lo que, sin mayor argumentación, hemos de remitirnos a los artículos 410, 411, 412 y 456 LEC, y, especialmente, a la proscripción de introducir cuestiones nuevas en segunda instancia, rechazada desde antiguo por los Tribunales, según reiteradísima doctrina jurisprudencial que impide conocer en casación de las cuestiones nuevas, que alteran el objeto de la controversia, atentan a los principios de preclusión e igualdad de partes y producen indefensión para la otra parte (entre otras, SSTs de SSTs de 22 de julio y 20 de septiembre de 1994, 2 de junio y 19 de noviembre de 1999, 20 de enero de 2001 y 22 de julio de 2003 27 febrero y 9 julio 2007, 23 enero, 19 marzo y 8 mayo 2008 y 3 febrero 2009 17 de Julio de 2009, 18 de Diciembre del 2009), lo que, asimismo, es predicable para el recurso de apelación, por idénticas razones y porque, en definitiva, resulta congruente con la redacción actual del artículo 456, 1 LEC, al referirse a las pretensiones *formuladas o al nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo* previamente, lo que ha de llevar a rechazar el análisis de lo que ahora se suscita, en forma coherente con lo expuesto.

Sentado lo que precede, el único extremo a valorar en el ámbito de la impugnación de la sentencia que ahora nos ocupa, es el relativo a la concreción de la indemnización, que ha de ser rechazado.

No pueden aplicarse las consecuencias indemnizatorias de la nulidad –no postulada en la demanda, e introducida por el impugnante en esta vía, como se ha dicho- al presente supuesto, pero tampoco hemos de aceptar que la parte demandada, que interpuso su recurso de apelación (que ya hemos resuelto) sin mención alguna a las operaciones y determinación del “quantum” efectuado en la sentencia de primera instancia, indique, sin embargo, al oponerse al escrito de impugnación de la parte demandante que *“se están reclamando daños y perjuicios por un supuesto incumplimiento contractual... los daños y perjuicios reclamados en la demanda ni siquiera están acreditados de forma suficiente, al estar supeditados a hechos futuros” lo que “supone de por sí la ausencia de un requisito de prosperabilidad de la acción, como es la prueba suficiente del daño; pero esto es materia de nuestra apelación”*.

Esta forma de introducción de la cuestión, no directamente planteada en el recurso, resulta inaceptable, y por ende, ha de ser rechazada. La conclusión obtenida por la sentencia, a la luz de la acción ejercitada en la demanda, resulta coherente, pues el contrato no ha sido declarado nulo, y se ha concedido una indemnización, que las partes no cuestionaron, en función del inadecuado cumplimiento de determinada obligación contractual. Así pues, como se ignora la cantidad finalmente a obtener –o siquiera si se va a obtener alguna cantidad- la percepción de tal importe deriva de un hecho futuro, y sólo desde este momento podrá tener virtualidad la condena obtenida, en el marco que fijó la propia parte demandante. Cuestión distinta es que se hubiera postulado (sin que ello implique que afirmemos que aquello fuera lo pertinente o que la acción así planteada hubiera prosperado) la nulidad del contrato, que obligaría, eventualmente, a la mutua restitución de lo percibido, pero, no siendo así, el pronunciamiento de la sentencia no se revela incorrecto y debe mantenerse en sus propios términos. Las operaciones efectuadas, concretamente, no han sido combatidas por ninguna de las partes, por lo que no son objeto de examen en el presente recurso de apelación, y el recurrente sólo se refiere a la dificultad de personación en dos concursos. Sin desconocer la complejidad de la situación, este no es argumento suficiente, puesto que los efectos del contrato continúan, y realmente, la sentencia rechaza la cuantificación de la demanda y la que efectúa, en concreto, no la discute la parte –como ya se ha dicho-. El recurso planteado ha de ser, por lo expuesto, íntegramente rechazado, procediendo, al desestimarse ambos recursos, en consecuencia, la confirmación de la sentencia recurrida, en todas sus partes.

**SEXTO.-** La desestimación del recurso comporta la imposición de costas a los recurrentes –artículo 398,1 LEC- y la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

**FALLO**

SE DESESTIMAN los recursos de apelación interpuestos por ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS DE SERVICIOS GENERALES –AUGE- y POPULAR BANCA PRIVADA SA contra la sentencia dictada el 13-10-10 por el Juzgado de Primera Instancia 12 de valencia, en juicio ordinario 812/09 que se CONFIRMA, con imposición de las costas derivadas de sus respectivos recursos a cada una de las partes apelantes. Se acuerda la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir, a los que se dará el destino legalmente previsto.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.