BIBLIOTECA DE RECURSOS

INSTITUTO EUROPEO DE ASESORÍA FISCAL

www.ineaf.es

Descargado desde la Biblioteca de Recursos de INEAF

Roj:	STS 1713/2013
Id Cendoj:	28079119912013100008
Órgano:	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede:	Madrid
Sección:	991
Nº de Recurso:	1826/2010
Nº de Resolución:	240/2013
Procedimiento:	CIVIL
Ponente:	FRANCISCO MARIN CASTAN
Tipo de Resolución:	Sentencia

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Civil

PLENO

Presidente Excmo. Sr. D.Juan Antonio Xiol Ríos

SENTENCIA

Sentencia Nº: **240/2013**

Fecha Sentencia : 17/04/2013

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso Nº *:* 1826/2010

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando

Votación y Fallo: 19/03/2013

Ponente Excmo. Sr. D. *:* Francisco Marín Castán

Procedencia: Audiencia Provincial de Asturias

Secretaría de Sala *:* Ilmo. Sr. D. Alberto Carlos García Vega

Escrito por *:* KSR

CONTRATO DE GESTIÓN DE CARTERA DE VALORES: "Hedge funds". Inversión contraria al perfil conservador del cliente. Responsabilidad del banco gestor por la pérdida de la totalidad de la inversión. Falta de información sobre el riesgo. El fraude no es caso fortuito. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL: No cabe confundir la incongruencia y la falta de motivación de la sentencia con la disconformidad o discrepancia del recurrente con la motivación. Tampoco es incongruencia un alegado cambio indebido de demanda.

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: **1826/2010**

Ponente Excmo. Sr. D.: **Francisco Marín Castán**

Votación y Fallo: **19/03/2013**

Secretaría de Sala: **Ilmo. Sr. D. Alberto Carlos García Vega**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

SENTENCIA Nº: **240/2013**

Excmos. Sres.:

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ

D. Juan Antonio Xiol Ríos

D. Francisco Marín Castán

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Sebastián Sastre Papiol

D. Román García Varela

D. Xavier O' Callaghan Muñoz

D. Rafael Gimeno Bayón Cobos

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Abril de dos mil trece.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la entidad demandada, BANCO ESPIRITO SANTO S.A., SUCURSAL EN ESPAÑA, representada ante esta Sala por el procurador D. Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa, contra la sentencia dictada el 9 de julio de 2010 por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias en el recurso de apelación nº 110/10 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 292/09 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Gijón, sobre indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato de gestión bancaria de patrimonio. Ha sido parte recurrida el demandante D. Jose Enrique , representado ante esta Sala por el procurador D. Julián Sanz Aragón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 26 de febrero de 2009 se presentó demanda interpuesta por D. Jose Enrique contra la entidad BANCO ESPIRITO SANTO S.A. solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos: *"1.- Se determine que la orden dada por el actor en el contrato firmado al efecto en ningún caso autoriza a la gestora para la inversión de 500.000# de importe en fondos Hedge Funds, mucho menos cuando dicha cantidad constituye el total de la suma a invertir. 2.- Que el fondo estructural Hedge Funds en que se invirtió dicha cantidad no cumplía el calificativo de conservador, no fue ofrecido en ningún momento al actor, ni se le comunicó la trascendencia económica que su contratación le podía ocasionar, ni en definitiva tuvo conocimiento de en qué tipo de producto estaba invertido su dinero. 3.- Que, consecuentemente, la entidad gestora es responsable del fallido producido en la referida inversión por haber vulnerado las obligaciones a que su condición de gestora le sujeta, así como las contraídas en el único contrato firmado al efecto, al quedar reducido el valor de la misma a cero euros, condenando a la demandada a reembolsar al actor la cantidad de 500.000 # a que ascendía la misma, más los intereses correspondientes desde que se produzca la declaración judicial hasta su pago efectivo. 4.- Se impongan a la demandada las costas procesales".*

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Gijón, dando lugar a las actuaciones nº 292/09 de juicio ordinario, y emplazada la demandada, esta compareció y contestó a la demanda solicitando su desestimación con expresa condena en costas al demandante.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por su trámites, al final del acto del juicio, tras la práctica de la prueba, el abogado del demandante precisó las peticiones de su demanda reduciéndolas a que la demandada restituyera la cantidad de 500.000 euros.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el magistrado- juez titular del mencionado Juzgado dictó sentencia el 14 de julio de 2009 con el siguiente fallo: *"Que estimando la demanda formulada por la Procuradora Marina González Pérez, en nombre y representación de Jose Enrique , contra BANCO ESPIRITO SANTO, S.A., SUCURSAL EN ESPAÑA, debo condenar y condeno a la demandada a indemnizar al actor en la cantidad de 500.000 #, imponiéndole, asimismo, las costas causadas en este procedimiento."*

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

CUARTO.- Interpuesto por la entidad demandada contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el nº 110/10 de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias , esta dictó sentencia el 9 de julio de 2010 desestimando el recurso, confirmando la sentencia apelada e imponiendo a la recurrente las costas de la segunda instancia.

QUINTO.- Anunciados por la entidad demandada-apelante recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de apelación, el tribunal sentenciador los tuvo por preparados y, a continuación, dicha parte los interpuso ante el propio tribunal. El recurso extraordinario por infracción procesal se articulaba en cuatro motivos amparados en el art. 469.1 LEC , ordinal 2º los tres primeros motivos y ordinal 4º el motivo cuarto: el motivo primero por infracción de los arts. 217.2 LEC y 24 CE ; el segundo por infracción de los arts. 218.1 LEC y 24 CE ; el tercero por infracción de los arts. 218.2 LEC y 24 CE ; y el cuarto por infracción del art. 24 CE . Y el recurso de casación se articulaba en tres motivos: el primero refiriéndose a los arts. 1101 y 1255 CC ; el segundo por infracción del art. 1281 CC ; y el tercero por infracción del art. 1105 CC .

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, los recursos fueron admitidos por auto de 26 de abril de 2012, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando se declarase no haber lugar al recurso y se confirmara la sentencia recurrida, con expresa condena en costas a la recurrente.

SÉPTIMO.- Por providencia de 14 de enero de 2013 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 6 de febrero siguiente, pero por providencia del mismo día 6 se acordó suspender el señalamiento y que los recursos pasaran al conocimiento del Pleno de la Sala tan pronto como fuera posible.

OCTAVO.- Por providencia de 1 de marzo del corriente año se señaló la votación y fallo de los recursos por el Pleno de la Sala para el siguiente día 19, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Marín Castán** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO *.- Materia de los recursos y planteamiento del litigio.*

Los presentes recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación, se interponen por la entidad de crédito demandada, "Banco Espirito Santo S.A.", contra la sentencia de segunda instancia que, desestimando su recurso de apelación, confirmó su condena a pagar la cantidad de 500.000 euros al demandante por pérdida total de su inversión en un denominado *"Fairfield Leveraged Note* ", que se decía referenciado a un denominado *"Fairfield Sentry"* .

En síntesis la demanda se fundaba, jurídicamente, en los arts. 1101 , 1104 y concordantes del Código Civil y, en cuanto a los hechos, en no haberse atenido la entidad demandada al perfil conservador del demandante, expresamente señalado en el *"Contrato de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión"* , celebrado en 2006 entre las partes, al recomendarle, tras haber ordenado el demandante un reembolso de todas sus inversiones (3.325.483'68 euros) en octubre de 2008, mantener la inversión de 500.000 euros en aquel fondo, que según extracto de 11 de enero de 2009 quedó finalmente reducido a cero. Y lo pedido en la demanda fue, primero, se determinara que la orden dada por el demandante *"en el contrato firmado al efecto"* en ningún caso autorizaba a la gestora demandada a invertir 500.000 euros en *"hedge funds"* , y mucho menos cuando esta cantidad representaba ya el total de sus inversiones; segundo, que el fondo no cumplía el calificativo de conservador ni le fue ofrecido en ningún momento al demandante, a quien no se comunicó la trascendencia económica de su contratación ni tuvo conocimiento de *"en qué tipo de producto estaba invertido su dinero"* ; y consecuentemente, que la demandada era *"responsable del fallido producido en la referida inversión por haber vulnerado las obligaciones a que su condición de gestora le sujeta, así como las contraídas en el único contrato firmado al efecto, al quedar reducido el valor de la misma a 0 euros"* , por lo que procedía su condena a reembolsar al demandante la cantidad de 500.000 euros más los intereses correspondientes.

En su contestación a la demanda, interesando su desestimación, la entidad demandada alegó, en síntesis, que su gestión había sido diligente, como resultaba incluso de que en la demanda no se considerase anómala la inversión de 500.000 euros en el fondo en cuestión mientras se gestionó todo el patrimonio del demandante, sino una práctica habitual y aconsejable; que el demandante solicitó el reembolso de su cartera el 17 de octubre de 2008 y envió una carta a la demandada solicitando dar de baja el contrato de gestión el siguiente día 18; que, por tanto, a partir de entonces el demandante pasó a gestionar directamente su cartera

de valores, y ante la espera de liquidez de 60 días del fondo en cuestión, pero en cualquier caso después de resuelto el contrato de gestión, el demandante consultó a la demandada la posibilidad de mantener la inversión de 500.000 euros para *"'sacarle' todavía más rentabilidad"* ; que la demandada se limitó a comunicarle *"que no sería mala idea mantener esa inversión, pues tenía buena expectativa, pero eso era sólo una orientación general"* ; que esta orientación general *"no era tan mala"* , pues la inversión de los 500.000 euros producía *"unas plusvalías de 23.403'13 # en el mes de octubre de 2008 y de 26.453'13 # en el mes de noviembre de 2008, es decir, la expectativa de subida era cierta"* ; que el riesgo de los *"fondos Madoff"* y la posibilidad de fraude era imprevisible porque *"Madoff/Fairfield"* tenía dentro de su grupo a entidades supervisadas por las autoridades de Estados Unidos, Reino Unido e incluso España, estando inscritos en la Comisión Nacional del Mercado de Valores *"Fairfield Greenwich (UK) Limited"* , sucursal en España, y *"Madoff Securities Internacional Limited"* ; que *"Fairfield Leveraged Note"* estaba *"referenciado"* al fondo *"Fairfield Sentry"* , lo que *"multiplicaba el número de supervisores, auditores y entidades financieras involucradas y en consecuencia multiplicaba el número de filtros legales"* ; y en fin, que en 22 de octubre de 2008 nada hacía prever lo que sucedería dos meses después, una *"macro-estafa"* que nadie pudo vislumbrar porque, muy al contrario, *"Madoff ofrecía rentabilidades que llegaban casi al 600%"* , y esto había justificado que en su momento se dedicara el 15% de la inversión del demandante al *"producto estructurado Fairfield Leveraged Note"* y que *"ante la consulta del demandante"* , pero después de resuelto el contrato de gestión, se le manifestara *"que no era mala inversión mantener posiciones en Fairfield"* .

Al final del acto del juicio, tras la práctica de la prueba, el abogado del demandante precisó las peticiones de la demanda reduciéndolas a que la entidad demandada restituyera la cantidad de 500.000 euros.

SEGUNDO *.- Sentencias de primera y segunda instancia y recursos interpuestos para ante esta Sala.*

A) Las razones de la sentencia de primera instancia para estimar la demanda fueron, en síntesis, las siguientes: 1ª) La pretensión propiamente dicha de la demanda era la de su petición de condena, ya que las de carácter declarativo que la precedían *"vendrían a suponer la inclusión en el fallo de la sentencia de una declaración de hechos probados"* ; 2ª) los incumplimientos contractuales que la demanda, al margen de sus imprecisiones, imputaba a la entidad demandada eran el de su deber de información y el de actuar con diligencia para salvaguardar los intereses del cliente; 3ª) los arts. 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores , tras su reforma por la Ley 47/2007, imponían a las entidades que prestaran servicios de inversión los deberes de diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de los intereses de sus clientes como si fueran propios, así como el de mantenerlos debidamente informados en todo momento y de un modo comprensible sobre los riesgos de su inversión; 4ª) en el mismo sentido el art. 16.2 del RD 629/1993 y su Código de conducta anexo, en vigor cuando se celebró el contrato entre las partes, establecía los mismos deberes, recalcando el deber de información y acentuándolo para los productos financieros de alto riesgo; 5ª) de igual modo, la Orden de 7 de octubre de 1999, también vigente al tiempo de celebrarse el contrato, imponía a las entidades la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, debiendo defender los intereses de sus clientes de acuerdo con lo pactado en función de la finalidad inversora perseguida y el perfil de riesgo del inversor; 6ª) por su parte el RD 217/2008, ya vigente al tiempo de producirse los hechos litigiosos, imponía a las entidades que prestaran servicios de inversión el deber del minimizar los riesgos de sus clientes, incluso contra el fraude (art. 39.e), el de máxima información sobre los riesgos (art. 60.1.b), teniendo en cuenta la clasificación del cliente minorista o profesional (art. 64.1), y el de comprobar periódicamente la eficacia de su política inversora (art. 79); 7 ª) conforme a la jurisprudencia, en el contrato de gestión de cartera de valores eran aplicables al gestor las normas reguladoras del mandato o de la comisión mercantil (STS 20-1-03), correspondiendo por ello la carga de la prueba de su diligencia al gestor; 8ª) la declaración testifical del empleado de la entidad demandada, director de la zona Norte, que trataba personalmente con el demandante, desmontaba totalmente la tesis de la contestación a la demanda, pues conforme a dicha declaración la iniciativa de mantener la inversión de 500.000 euros en el *"Fairfield Leveraged Note"* no partió del demandante sino del banco, a cuyo favor además estaba pignorada dicha inversión para responder de un préstamo que vencía en febrero; 9ª) por tanto, la relación contractual nacida en 2006 no se extinguió, sino que se prolongó en cuanto a dicha inversión, como por demás declaró el referido testigo refiriéndose a que había quedado ese *"fleco"* ; 10ª) en cualquier caso, al mantenerse esta inversión quedaba subsistente el deber de diligencia de la demandada conforme a los apdos. 1 d) y 2.a) del art. 63 de la Ley del Mercado de Valores ; 11ª) el incumplimiento del deber de diligencia era patente porque los criterios generales de inversión tenían que responder al *"perfil general de riesgo de carácter conservador"* plasmado en el contrato, siendo el demandante partidario *"de fondos de total garantía, liquidez y exigibilidad"* , buscando en definitiva *"seguridad"* , y, en cambio, el consejo de mantener la inversión iba totalmente en contra de esos criterios; 12ª) aunque un testigo hubiera afirmado la baja volatilidad de los fondos en cuestión, lo cierto es que era uno de los denominados

"hedge fuds" , como por demás aparecía en los extractos de noviembre y diciembre de 2008 remitidos al demandante, aunque se ocultara el dato en el extracto del mes de octubre; 13ª) los *"hedge fuds"* , según el folleto de la Comisión Nacional del Mercado de Valores aportado con la demanda, eran productos poco líquidos con elevados niveles de riesgo y dirigidos a inversores cualificados; 14ª) el fondo concretamente litigioso no solo era ilíquido sino que además, al ofrecer rentabilidades de hasta casi el 600%, necesariamente tenía que comportar un alto nivel de riesgo; 15ª) por tanto, al quedar este fondo como única inversión se mantuvo una situación de riesgo contraria al perfil conservador del cliente, al que además, según la declaración testifical del empleado de la entidad demandada, no se informó del tipo de fondo que era; 16ª) la demandada no podía escudarse en el caso fortuito o la fuerza mayor por el fraude o *"caso Madoff",* porque no se había acreditado su concreta relación con el caso litigioso, aquel fraude no había sido sino *"una burda estafa piramidal"* y, en fin, la demandada no había justificado qué medidas de control o protección hubiera adoptado en salvaguarda de sus clientes, como frente al fraude le imponía el art. 39 e) del RD 217/2008 ; 17ª) finalmente, el nexo causal era evidente, porque si no se hubieran desatendido las instrucciones del demandante y se le hubiera informado debidamente no se habría producido el resultado dañoso.

B) Los fundamentos de la sentencia de segunda instancia para desestimar el recurso de apelación de la entidad demandada son, en esencia, los siguientes: 1) Según el contrato litigioso de gestión de cartera no era necesaria la expresa autorización del cliente para cada una de las operaciones, pero al haberse especificado con claridad *"que el perfil del inversor era conservador"* , la entidad demandada tenía que procurar en el conjunto de las inversiones *"un perfil de riesgo muy bajo"* ; 2) la sentencia apelada no era incongruente porque, en definitiva, expresaba lo alegado en la demanda aunque con mayor claridad, esto es, que tras solicitar el demandante por escrito el reembolso de toda su cartera el 17 de octubre de 2008, fue la entidad demandada la que le sugirió mantener los 500.000 euros en el *"Fairfield Leveraged"* pero sin informarle de sus características y riesgos, por lo que, a partir de entonces, el 100% de la cartera pasó a estar *"invertido en un producto de alto riesgo"* ; 3) en consecuencia, tampoco era incongruente la sentencia apelada por haber prescindido de las peticiones declarativas de la demanda, que no constituían su verdadero *petitum* , consistente en realidad en la pretensión de condena del que aquellas eran meros antecedentes; 4) no había tampoco incongruencia en que la sentencia apelada considerase que no había prueba suficiente sobre la relación del fondo litigioso con el *"caso Madoff"* , porque si bien es cierto que en la fundamentación jurídica de la demanda se identificaba el fondo con los *"fondos Madoff"* , sin embargo la razón causal del fallo de primera instancia no se encontraba tanto en esa falta de prueba *"como en la falta de justificación de cuáles habrían sido las cautelas adoptadas para atajar ese riesgo, o las medidas de control o de protección"* ; 5) la demandada, en su recurso de apelación, negaba que el *"Fairfield Leveraged Note"* fuese de alto riesgo y perteneciera a los conocidos como *"hedge funds"* , pero resulta que así lo había calificado ella misma en los extractos remitidos en su día al demandante; 6) el alto riesgo del fondo en cuestión se deducía no solo del folleto de la Comisión Nacional del Mercado de Valores aportado con la demanda sino también de la información facilitada el 17 de febrero de 2009 por los abogados de la demandada a los del demandante reconociendo que ni el *"Fairfield Leveraged Note"* ni el *"Fairfield Sentry"* estaban inscritos en el registro de la CNMV, que en su folleto informaba de los mayores riesgos de esos fondos y de sus mayores dificultades de liquidez; 7) la declaración testifical de una persona propuesta por la demandada como conocedora de dichos fondos no desvirtuaba el dato de su alto riesgo, porque dicha persona, además de desconocerse su titulación, carecía de imparcialidad por haber reconocido *"trabajar para una entidad que distribuye los productos financieros de la gestora del Banco Espirito Santo"* ; 8) por el contrario la declaración testifical del director de la entidad demandada para la zona Norte, que era la persona que trataba directamente con el demandante, sí probaba que el contrato de gestión de cartera continuó vigente tras la orden de reembolso, pero limitado a 500.000 euros íntegramente invertidos en un fondo de alto riesgo cuando antes solo constituía el 15% de la cartera; 9) pese a ello la demandada no informó al demandante *"sobre las características del producto y sus niveles de riesgo"* a fin de que pudiera prestar *"un consentimiento suficientemente informado"* , y esta falta de información determinaba la responsabilidad de la demandada desde su condición de profesional sujeta a los deberes que le imponía la Ley del Mercado de Valores, la Orden de 7 de octubre de 1999 y el Real Decreto 217/2008; 10) no podía negarse el nexo causal entre ese incumplimiento de deberes profesionales y el daño, pues la entidad demandada no había probado la adopción de ningún control para evitarlo y no constaba que el riesgo de fraude fuese absolutamente imprevisible ni que no se pudieran adoptar medidas preventivas o de garantía para los clientes.

C) Contra la sentencia de segunda instancia la entidad demandada, "Banco Espirito Santo S.A.", ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, articulado en cuatro motivos, y recurso de casación, articulado en tres motivos.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

TERCERO *.- Motivo fundado en infracción de las reglas sobre carga de la prueba.*

El motivo primero, formulado al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC , se funda en infracción del art. 217.2 de la misma ley y del art. 24 de la Constitución .

Según su desarrollo argumental, la sentencia de primera instancia invirtió la carga de la prueba en virtud del principio de facilidad probatoria, sin más. Continúa alegando que era el demandante quien tenía que haber propuesto prueba sobre el carácter arriesgado del fondo y la razón por la que la inversión del demandante había quedado reducida a cero. Se aduce también que no cabía una inversión de la carga de la prueba *"por razón del concepto genérico de preferencia de riesgo"* , pues solo entraría en juego si se hubiera establecido la relación causal entre una acción u omisión y el daño. Centrándose siempre en la sentencia de primera instancia la recurrente niega que el fondo tuviera un perfil arriesgado y por tanto que se tuviera que informar al cliente, porque lo sucedido no habría sido una consecuencia de las características del fondo sino la estafa cometida por Belarmino , *"que ni los más prestigiosos reguladores del mercado financiero mundial pudieron prever"* . Finalmente, partiendo de que el fondo en cuestión pertenecía a los *"fondos de fondos de inversión libre"* , apropiado para el inversor particular según el folleto de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante CNMV) aportado con el propio escrito de demanda, se alega que la hoy recurrente sí propuso prueba sobre el perfil conservador del fondo, la testifical de una persona de la empresa que lo distribuía, y se critica de nuevo la sentencia de primera instancia por haber considerado poco fiable el testimonio de esa persona.

Así planteado, el motivo ha de ser desestimado por las siguientes razones:

1ª) La sentencia impugnada mediante el recurso extraordinario por infracción procesal es la de segunda instancia, y sin embargo el motivo se dirige única y exclusivamente contra la de primera instancia.

2ª) Aunque se prescindiera de lo anterior, el motivo confunde la prueba del nexo causal entre las características del fondo y el daño, evidente puesto que la inversión de 500.000 euros quedó reducida a 0, con la imputación de responsabilidad en función de esas características, cuestión jurídica, no de hecho, en cuanto concierne a la diligencia exigible a la demandada en función de su relación contractual con el demandante.

3ª) Lo anterior se advierte más claramente cuando el motivo niega la relación causal entre las características del fondo y el daño imputando este daño a una "estafa cometida por Belarmino " que califica de *"causa externa al producto"* , es decir, como si el Sr. Belarmino no hubiera tenido nada que ver con los fondos de inversión cuando resulta que la propia recurrente, en el alegato del motivo tercero, afirma que "[e]n este caso el producto estructurado invertía en primera instancia en el fondo de Fairfield, y este a su vez en la empresa de inversiones de Belarmino ".

4ª) En definitiva, el planteamiento del motivo acaba siendo contradictorio con el de la propia parte hoy recurrente en su contestación a la demanda atribuyendo exclusivamente al demandante la decisión de mantener la inversión tras sopesar que mientras la demandada había gestionado la totalidad de su cartera no era imprudente dedicar solamente un 15% al fondo cuestionado. La contradicción se encuentra en que entonces este porcentaje de solamente el 15% no habría tenido sentido si un fondo que daba rendimientos de hasta el 600% (incluso en 17 años según la parte recurrente) hubiera carecido de riesgo alguno, como la recurrente afirma al calificarlo de *"muy conservador"* . Antes bien, lo recomendable habría sido, conforme a semejante línea argumental, invertir en ese fondo un porcentaje mucho mayor de la cartera del demandante al coincidir con el perfil de este, igualmente muy conservador.

CUARTO *.- Motivo fundado en incongruencia de la sentencia* .

El motivo segundo, formulado al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC , se funda en infracción del art. 218.1 de la misma ley y del art. 24 de la Constitución .

Según su desarrollo argumental, que contiene diversas consideraciones sobre la vigencia o no del contrato de gestión de cartera de valores y sobre la modificación por el demandante, al final del acto del juicio, de la causa de pedir de la demanda, la incongruencia que se reprocha a la sentencia recurrida parece concretarse en que *"si la acción es la de responsabilidad contractual, resulta incongruente admitir que el contrato ya no existía pues se requirió el consentimiento del actor para mantener la inversión y viceversa"* , de modo que entonces la acción del art. 1101 CC no habría sido la correcta, por no existir relación contractual, y *"no se puede exigir responsabilidad al banco por una mera recomendación pues no existía contrato de ningún tipo que vinculara a las partes ni resultaría de aplicación la ley del mercado de valores a ese respecto"* .

Este motivo ha de ser también desestimado por las siguientes razones:

1ª) Por lo general la congruencia se mide por la correlación entre lo pedido y lo acordado, y la propia parte recurrente admite que lo acordado se ajustó plenamente a lo pedido por la parte demandante al final del acto del juicio.

2ª) Lo que parece querer plantear la parte recurrente en algún pasaje del desarrollo argumental del motivo es que en la primera instancia, al final del acto del juicio, se permitió indebidamente que el demandante modificara su demanda cuando ya no podía hacerlo, pero esta infracción procesal habría exigido citar la norma relativa a la prohibición del cambio de demanda, que no es el art. 218.1 LEC ni el art. 24 de la Constitución .

3ª) Finalmente, lo que el motivo presenta como incongruencia, que parece ser una contradicción interna de la sentencia recurrida, no es tal, porque amén de referirse otra vez el alegato del motivo a la sentencia de primera instancia, cuando en realidad el recurso se ha interpuesto contra la de segunda instancia, no es en absoluto cierto que según la sentencia recurrida el contrato de gestión de cartera no existiera, pues bien claramente se afirma en el párrafo tercero de su fundamento jurídico segundo que *"el contrato de gestión de cartera continuó vigente"* . Hay, por tanto, una falta de coherencia entre la infracción denunciada y aquello en que se hace consistir la infracción, ya que la incongruencia no consiste en la disconformidad del recurrente con la motivación de la sentencia recurrida.

QUINTO *.- Motivo fundado en la deficiente motivación de la sentencia recurrida* .

El motivo tercero, formulado al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC , se funda en infracción del art. 218.2 de la misma ley y del art. 24 de la Constitución .

Según su desarrollo argumental, *"[l]a sentencia adolece de falta absoluta de motivación, por considerarse racionalmente inasumible la expuesta, así como haberse producido un error patente en la valoración de la prueba, conculcando el art. 24 de la Constitución por este hecho"* . A continuación el alegato del motivo se divide en dos extensos apartados, dedicando el primero a rebatir la sentencia recurrida por haber considerado *"de alto riesgo"* el fondo en el que se mantuvo la inversión de los 500.000 euros y el segundo a rebatirla por haber apreciado nexo causal entre el mantenimiento del fondo y el daño. En este segundo apartado se insiste, como en el motivo primero, en que el fraude del Sr. Belarmino era algo ajeno a la hoy recurrente, recalcando que según la testigo-perito de la empresa que distribuía el fondo su reducción a nada *"no fue por el perfil de riesgo de la inversión, sino por un fraude, que es un imponderable dentro de la evolución del fondo"* . Finalmente, se aduce que *"a la vista del plazo de espera de 60 días para la liquidez del producto, desde que se solicita el reembolso, hasta que se obtiene el reintegro, aunque se hubiera mantenido la petición inicial del 17 y 21 de octubre de 2008, también se hubiera producido la fatal pérdida, pues con esos 60 días de espera, se hubiera llegado a la fecha en la que Belarmino fue intervenido y tampoco se hubiera recuperado la inversión"* .

Este motivo ha de ser desestimado por las siguientes razones:

1ª) Mezcla dos cuestiones tan diferentes como son la falta de motivación de la sentencia recurrida y el error patente en la valoración de la prueba, cada una con una vía diferente de planteamiento, que para el error probatorio patente es la del ordinal 4º del art. 469.1 LEC , no la de su ordinal 2º.

2ª) El reproche a la sentencia recurrida de *"falta absoluta de motivación"* carece por completo de fundamento. Basta con leerla para comprobar su cuidada motivación, resumida en el fundamento jurídico segundo de la presente sentencia, y, por tanto, que lo que la recurrente presenta como falta de motivación no es más que su disconformidad con la motivación.

3ª) Materialmente, pues, lo que hace el motivo es plantear otra vez las mismas cuestiones ya planteadas en el motivo primero, pero añadiendo algunas alegaciones tan poco convincentes como que un fraude financiero es en todo caso *"un imponderable"* , y por ende fundándose en la declaración testifical de quien trabajaba para la empresa que promovía en España el fondo en cuestión; como que la ajenidad del Sr. Belarmino a la entidad demandada es lo mismo que su ajenidad al fondo de inversión; o en fin, como que ni aun habiendo atendido la orden de reembolso del demandante el 17 de octubre habría podido este recuperar su dinero, dato que el motivo se limita a dar por sentado sin más.

SEXTO *.- Motivo fundado en error en la valoración de la prueba* .

El motivo cuarto, formulado al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC , se funda en infracción del art. 24 de la Constitución por haber incurrido la sentencia impugnada en *"[e]rrores mayúsculos en la valoración de la prueba"* acerca del grado de riesgo del fondo en cuestión al no haber dado credibilidad a la declaración de la testigo-perito y sí haber atendido, en cambio, a un folleto divulgativo de la CNMV mal interpretado por

el tribunal, a una rentabilidad del 600% durante diecisiete años, no durante uno, y a la falta de inscripción del fondo, así como del subyacente, en los registros administrativos de la CNMV, siendo así que se trataba de una oferta privada no sujeta a inscripción. En definitiva, para la parte recurrente el fondo no era de alto riesgo y lo sucedido fue un "imponderable" debido a la estafa cometida por Belarmino .

Así planteado, este motivo ha de ser desestimado por las siguientes razones:

1ª) Del mismo modo que en el motivo primero, se confunde el riesgo del fondo, evidente por sí mismo dado lo sucedido, con la imputación de responsabilidad por el daño derivado de ese riesgo.

2ª) La posibilidad de fraude en los denominados "productos estructurados" no es un imponderable, sino un riesgo a ponderar por las entidades de gestión de carteras de valores, del mismo modo que cualquier entidad de crédito tiene que velar por la inmunidad de sus clientes frente a conductas fraudulentas de los empleados de la entidad.

3ª) Como también se ha razonado para desestimar el motivo primero, el planteamiento de la parte recurrente es contradictorio, porque de haber carecido el fondo de riesgo alguno, que en definitiva es lo que se afirma en el motivo, lo aconsejable habría sido destinar al mismo un porcentaje de las inversiones del demandante mucho mayor que el 15%, dada su alta rentabilidad.

4ª) Finalmente, lo que materialmente hace el motivo no es demostrar ningún error patente del tribunal sentenciador sino tratar de imponer, de entre todas las pruebas practicadas, la declaración testifical de la empleada de la empresa que distribuía el fondo en España, atribuyendo el carácter de verdad absoluta a su opinión de que la desaparición de la inversión del demandante fue un *"imponderable"* , adjetivo que por sí mismo denota más una referencia a la previsión o ponderación de riesgos que a los caracteres intrínsecos del fondo de inversión.

RECURSO DE CASACIÓN

SÉPTIMO *.- Motivo sin identificación precisa de la norma o normas infringidas.*

El motivo primero se formula a continuación de una referencia genérica a los arts. 1105 , 1101 , 1182 , 1902 , 1255 , 1281 *"y demás concordantes del Código Civil "* como normas cuya *"indebida o falta de aplicación"* justificaría la interposición del recurso en su conjunto, pero sin un encabezamiento que determine qué norma o normas, de entre todas las citadas antes de la formulación del motivo, sustentarían en concreto este motivo primero.

Consiste el motivo, por tanto, en un profuso alegato que, tras indicar que la sentencia recurrida declara la responsabilidad de la hoy recurrente con base en el art. 1101 CC y mencionar el art. 1255 del mismo Código , se centra sobre todo en negar que el contrato de gestión de carteras de inversión continuara vigente tras la comunicación del demandante de 22 de octubre de 2008, a partir de la cual habría pasado el demandante a gestionar directamente su patrimonio, incluidos los 500.000 euros invertidos en el fondo *"Fairfield Leveraged Note* " , pues no optó por la cancelación parcial prevista en la cláusula novena del contrato. En consecuencia, según la parte recurrente los 500.000 euros *"quedaron a disposición del demandante y fue él quien decidió mantener la inversión, debido a su falta de liquidez en el momento de la resolución, a las pingües rentabilidades obtenidas y que había expectativas de continuar con dichas rentabilidades"* . Se aduce también que el demandante no era lego en materia de inversiones, que la cancelación del contrato no permite tachar de irregular una inversión que venía de tiempo atrás, que aun cuando la orden de reembolso se hubiera extendido a los 500.000 euros también se habría perdido esta inversión porque el plazo de liquidez era de 60 días y antes de este plazo se produjo *"la intervención de Belarmino por las autoridades"* , que lo único que hizo la hoy recurrente fue *"darle una orientación general"* al demandante, que la prueba de todo esto la constituyen los extractos mensuales acompañados con la propia demanda, que también resultaría lo mismo de la declaración testifical del director de la hoy recurrente para la zona Norte y, en fin, que la orientación de la hoy recurrente al demandante *"no era tan mala"* porque la inversión de los 500.000 euros produjo unas plusvalías de 23.403'13 euros en octubre de 2008 y de 26.453'13 euros en el siguiente mes de noviembre, de modo que *"la expectativa de subida era cierta".*

Pues bien, este motivo ha de ser desestimado por las siguientes razones:

1ª) La parte recurrente no identifica de forma mínimamente precisa la norma o normas infringidas, carga que solo a ella corresponde y cuya omisión no puede ser suplida o subsanada por esta Sala. Si como normas citadas a tal efecto se considerasen todas las que preceden a la formulación del motivo, este sería inadmisible por mezclarse artículos del Código Civil de contenido tan heterogéneo como el caso fortuito, la responsabilidad

contractual, la responsabilidad extracontractual, la extinción de la obligación por pérdida de la cosa debida o la interpretación de los contratos, así como por añadir la expresión *"y demás concordantes"* , siempre rechazada por la jurisprudencia en cuanto desplaza indebidamente sobre el tribunal de casación la carga de hallar la norma infringida. Y si como normas infringidas según este motivo se considerasen los arts. 1101 y 1255 CC , dada la mención de ambos al principio de su alegato y toda vez que la propia parte recurrida parece haber entendido que cuando menos el art. 1101 sí se ha citado como infringido, habría que desestimar el motivo por sustentarse en unos hechos que no son los que la sentencia recurrida declara probados, porque mientras esta afirma que el contrato de gestión de carteras de inversión continuó vigente por voluntad de ambas partes aunque limitado ya únicamente a los 500.000 euros invertidos en el fondo *"Fairfield Leveraged Note"* , el motivo se funda en que aquel contrato había quedado extinguido. Incurre, así, en el defecto de la petición de principio, dando por sentado unos determinados hechos a partir de una valoración de la prueba por la propia parte recurrente que no puede fundar un motivo de casación.

2ª) En algún momento la parte recurrente parece invocar el contenido del contrato para, así, expresar su tesis de que había quedado extinguido, pero omite citar en este motivo, como infringida, alguna norma relativa a la interpretación contractual que favorezca su tesis.

3ª) El motivo queda reducido, pues, a un conjunto de alegaciones según las cuales no puede haber responsabilidad contractual porque no había contrato, frente a lo cual la sentencia recurrida afirma que *"el contrato de gestión de cartera continuó vigente"* con base en una valoración de la declaración testifical del director de la entidad hoy recurrente para la zona Norte.

4ª) En ese conjunto de alegaciones, además, se advierten patentes contradicciones con lo alegado para defender otros motivos, especialmente los del recurso por infracción procesal orientados a impugnar la calificación del fondo de inversión como de alto riesgo, porque mientras en el motivo cuarto por infracción procesal se intenta hacer ver que la rentabilidad del fondo no era excesiva, para así eludir la asociación entre alta rentabilidad y alto riesgo, en el presente motivo, en cambio, se intenta desplazar la responsabilidad por la inversión al demandante, que se habría decidido a mantenerla por sus *"pingües rentabilidades"* , argumento en el que, al final del alegato del motivo, se insiste para defender que la mera *"orientación"* al demandante para que mantuviera el fondo *"no era tan mala"* .

OCTAVO *.- Motivo sobre la interpretación del contrato.*

El motivo segundo, que tampoco identifica inequívocamente la norma o normas infringidas, comienza citando directamente el párrafo primero del art. 1281 CC y la jurisprudencia de esa Sala sobre la interpretación literal del contrato. Continúa invocando las cláusulas octava y novena del contrato celebrado en su día entre las partes para defender que se extinguió con la orden de reembolso, puesto que la cláusula novena preveía una cancelación parcial a la que tampoco se acogió el demandante. Acto seguido se aduce que *"no existiendo contrato, no cabe hablar de responsabilidad derivada del artículo 1101 del Código Civil "* . Y finaliza alegando que también *"se ha vulnerado la doctrina aplicable sobre la imputación de responsabilidad contractual"* porque, según la jurisprudencia, *"entre el evento culposo y el daño a indemnizar debe mediar la relación de causa a efecto".*

Este motivo debe ser desestimado por las siguientes razones:

1ª) Aunque no en el mismo grado que el motivo primero, tampoco identifica con precisión la norma o normas infringidas, ya que después de citarse el art. 1281 CC , relativo a la interpretación del contrato, y transcribirse su párrafo primero junto con pasajes de dos sentencias de esta Sala acerca de la prevalencia de la interpretación literal, se cita el art. 1101 CC sobre la responsabilidad contractual para negar que la entidad recurrente incumpliera el contrato, así como la jurisprudencia sobre la necesidad de probar el nexo causal entre la culpa y el daño. Se mezclan así, en un mismo motivo, tres cuestiones diferentes que tendrían que haberse planteado en motivos distintos y observando un orden lógico.

2ª) Si por agotar el derecho de la parte recurrente a la tutela judicial efectiva se entendiera que lo impugnado en este motivo es la interpretación del contrato por ilógica, arbitraria o irrazonable, también habría que desestimarlo, porque el hecho de que el contrato previera su resolución anticipada, disponiendo entonces que el cliente pasaría a gobernar directamente su patrimonio mediante instrucciones expresas a la entidad (cláusula octava) o a cancelar el contrato parcialmente (cláusula novena), no significa, como se pretende en el motivo, que el contrato se extinguiera efectivamente. Antes bien, la sentencia recurrida declara probado lo contrario, con base en una prueba testifical tan cualificada como la del director de la entidad recurrente para la zona Norte, y la subsistencia del contrato para la gestión solamente ya de los 500.000 euros invertidos en el fondo cuestionado resulta de la siguiente secuencia: 1) El 17 de octubre de 2008 el demandante interesa el

"reembolso de la cartera" para una posterior formalización de imposición a plazo fijo o para una cancelación anticipada del préstamo que mantenía con el mismo banco hoy recurrente (doc. nº 2 de la demanda); 2) el 22 de octubre de 2008 el demandante solicita *"el contrato de carteras"* (doc. nº 2 de la contestación); 3) sin embargo, la entidad hoy recurrente remite al demandante un extracto de fecha 30 de octubre de 2008 en el que figura *"Cartera de gestión"* , el nombre del demandante, el número 2071187 entre paréntesis y, como patrimonio total, únicamente el representado por la inversión en el fondo cuestionado (doc. nº 3 de la contestación); 4) esto se repite en extractos de 30 de noviembre de 2008 y 11 de enero de 2009, con la mención también de *"Cartera de gestión"* y aquel mismo número, aunque incluyendo información sobre 3'13 euros y 26'95 euros, respectivamente, en *"Eurodepósitos y Ctas/Ctes"* (docs. 3 y 4 de la demanda).

3ª) Por tanto, lo que acaba haciendo el motivo es invocar las cláusulas del contrato para impugnar la valoración de la prueba por el tribunal sentenciador, sin advertir que esto puede redundar en perjuicio de la propia recurrente añadiendo nuevos elementos de incumplimiento contractual frente a una orden tan clara como la inicial del demandante exigiendo el reembolso total con unas finalidades muy concretas de formalizar una imposición a plazo o amortizar el préstamo anticipadamente que, por demás, se correspondían con su perfil conservador muy claramente expresado en el contrato.

NOVENO *.- Motivo fundado en el caso fortuito.*

El motivo tercero y último, aunque carece de encabezamiento como los dos que le preceden, puede entenderse fundado en infracción del art. 1105 CC por ser el único citado en sus alegaciones, que se reducen a considerar imprevisible el riesgo del fondo en cuestión por ser también imprevisible el fraude del Sr. Belarmino , cometido *"contra toda la comunidad financiera internacional"* y engañando a todas las *"administraciones públicas"* .

Este motivo ha de ser desestimado por las siguientes razones:

1ª) Las escalas del *"Perfil general de riesgo (de menor a mayor)"* contempladas en el contrato eran *"Conservador"* , *"Moderado"* , *"Arriesgado"* y *"Muy arriesgado"* , y el firmado por el demandante fue el primero de todos, es decir, el más conservador de todos los posibles.

2ª) Este perfil desaconsejaba, ya de entrada, la inversión en un fondo que tenía un plazo de liquidez tan largo como el de 60 días.

3ª) Más desaconsejable aún era que la única inversión que quedó bajo la gestión de la hoy recurrente se mantuviera en ese fondo, cuyos *"pingües beneficios"* , según anterior alegación de la propia parte hoy recurrente en este mismo recurso, necesariamente tenían que ser correlativos, en la lógica elemental de las cosas, a un riesgo incompatible con el perfil conservador del cliente.

4ª) Por tanto, definido el caso fortuito en el art. 1105 CC como un suceso que no pudo preverse, esta definición no conviene a la pérdida total de la inversión del demandante, porque la entidad recurrente hizo correr al patrimonio del demandante un riesgo que este, contractualmente, no deseaba, y solamente ya este incumplimiento contractual comportaba de por sí una falta de la diligencia exigible a todo profesional del sector, que entre sus obligaciones frente al cliente tiene la de protegerle frente a riesgos de su inversión no deseados, entre ellos un posible fraude.

5ª) En cuanto a que la causa de la pérdida total de la inversión fuera el fraude, se trata de un hecho no probado; y en cuanto a que el fraude no fuese detectado por ninguna autoridad supervisora ni por ninguna agencia de calificación, se trata de una cuestión no oponible por la entidad gestora a su cliente porque frente a este se obligó a respetar su perfil conservador y, por tanto, a no invertir su patrimonio en fondos cuya denominación no permitía comprender mínimamente su funcionamiento real ni el verdadero riesgo que comportaban. En suma, a esta Sala no le corresponde pronunciarse sobre las autoridades supervisoras y las agencias de calificación ante lo que fue una simple estafa piramidal, ni tampoco sobre la influencia que en la actuación de la hoy recurrente pudo tener su propia remuneración *("el 15% anual del importe que suponga el exceso de beneficios de la cartera gestionada una vez superado el 10% anual de rentabilidad de la cartera referida"* , según la cláusula séptima del contrato), pero sí sobre la responsabilidad de la hoy recurrente frente al demandante por haber mantenido una inversión contraria a su perfil conservador, plasmado en el contrato, y sin facilitarle la más mínima información sobre el riesgo del fondo en cuestión como le exigían todas las normas citadas en la sentencia recurrida y de las que en el recurso se prescinde prácticamente por completo.

DÉCIMO.- Conforme a los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC , procede confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas a la parte recurrente, que conforme al apdo. 9 de la D. Adicional 15ª LOPJ perderá el depósito constituido.

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

F A L L A M O S

1º.- **DESESTIMAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuestos la entidad demandada, BANCO ESPIRITO SANTO S.A., SUCURSAL EN ESPAÑA, contra la sentencia dictada el 9 de julio de 2010 por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias en el recurso de apelación nº 110/10 .

2º.- Confirmar la sentencia recurrida.

3º.- E imponer las costas a la parte recurrente, que perderá el depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Juan Antonio Xiol Ríos Francisco Marín Castán

José Ramón Ferrándiz Gabriel José Antonio Seijas Quintana

Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas

Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno

Rafael Sarazá Jimena Sebastián Sastre Papiol

Román García Varela Xavier O' Callaghan Muñoz

Rafael Gimeno Bayón Cobos

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Marín Castán** , ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

...más Información y Recursos en nuestra web INEAF.ES

BIBLIOTECA INEAF

Biblioteca de Recursos	Biblioteca de Legislación
▪ Jurisprudencia. ▪ Lecturas de Interés. ▪ Modelos. ▪ Formularios. ▪ Guías Prácticas. ▪ Consultas. ▪ Casos Resueltos.	▪ Internacional. ▪ Unión Europea. ▪ Estatal. ▪ Autonómica. ▪ Provincial. ▪ Municipal.

Material Divulgativo	Tribuna de Opinión

▪ Sistema Tributario Español.
  ▪ IRPF.
  ▪ IVA.
  ▪ Impuesto sobre Sociedades.
  ▪ ISD.
  ▪ ITP y AJD.
  ▪ Haciendas Locales.
  ▪ Procedimientos Tributarios.
  ▪ Otros Impuestos.
▪ Contabilidad.
▪ Mercantil.
▪ Laboral.
	▪ Actualidad Contable
	▪ Actualidad Fiscal
	▪ Actualidad Jurídica
	▪ Actualidad Laboral
	▪ Actualidad Mercantil
	▪ Consejos
	▪ Artículos de Opinión

[Descargado desde la Biblioteca de INEAF]