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: 244/2013
***Fecha Sentencia**:* 18/04/2013
CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL
Recurso Nº: 1979/2011
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando Parcialmente
Votación y Fallo: 20/03/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Rafael Sarazá Jimena
Procedencia: Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia
***Secretaría de Sala**:* Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo
***Escrito por**:* MRP

MERCADO DE VALORES. CONTRATO DE GESTIÓN DISCRECIONAL DE CARTERA DE INVERSIÓN. Estructura negocial de mandato. El perfil de riesgo elegido por el cliente cumple un papel integrador de las instrucciones a seguir por el mandatario.

OBLIGACIONES DE LA EMPRESA GESTORA. Exigencia de un alto estándar de buena fe e información completa, clara y precisa de la empresa de gestión de carteras al cliente. No es admisible que la empresa de servicios de inversión no advierta al cliente sobre la incoherencia entre el perfil del riesgo conservador que ha elegido y la naturaleza compleja y de alto riesgo de los valores sobre los que autoriza contratar. Imputación a la empresa de servicios de inversión de la responsabilidad por los daños sufridos por el cliente por la inversión en ese tipo de valores

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: **1979/2011**
Ponente Excmo. Sr. D.: **Rafael Sarazá Jimena**
Votación y Fallo: **20/03/2013**
Secretaría de Sala: **Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo**

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

***SENTENCIA Nº:* 244/2013**

Excmos. Sres.:

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 dieciocho de Abril de dos mil trece.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida en Pleno por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recuso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por D. J. M. A. T. y D.ª A. R. A. , representados ante esta Sala por la procuradora D.ª Nuria Munar Serrano, contra la Sentencia núm. 283/2011, de 28 de junio, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 289/2011, dimanante de las actuaciones de

juicio ordinario núm. 132/2010, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Valencia. Ha sido parte recurrida la entidad "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.", representada por la procuradora D.ª Ana Llorens Pardo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

PRIMERO.- La procuradora D.ª Isabel Caudet Valero, en nombre y representación de D. J. M. A. T. y de D.ª A. R. A. , interpuso demanda de juicio ordinario, mediante escrito de 15 de enero de 2010, contra la entidad "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.", en la que suplicaba lo siguiente: «[…] dicte Sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos:

»1.- Que se condene a la entidad demandada por causa de incumplimiento culposo con negligente del contrato de gestión, objeto de este procedimiento, a que abone a mi representada la suma de 291.488,84 euros.

»2.- Que se condene igualmente a la misma al pago de los intereses legales de dicha cantidad desde el momento en que se requiere de pago al Defensor del Cliente del BBVA por correo electrónico, según documento número diez de la demanda.

»3.- Que se le condene igualmente a abonar el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha en que se dicte la Sentencia.

»4.- Que se le condene al pago de las costas que se causen en este procedimiento.»

SEGUNDO.- La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Valencia y fue registrada como procedimiento ordinario núm. 132/2010. Una vez admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada para su contestación.

TERCERO.- El procurador de la entidad "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.", D. Jesús Rivaya Carol, contestó a la demanda, mediante escrito de 6 de abril de 2010, cuyo suplico decía: «[…] dicte

Sentencia desestimando la demanda con expresa imposición de costas a los demandantes».

CUARTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez de Primera Instancia núm. 27 de Valencia dictó la sentencia 342/2010, de 30 de diciembre, con la siguiente parte dispositiva: «FALLO: Que estimando íntegramente la demanda presentada por la procuradora Dña. Isabel Caudet Valero, en nombre de D. J. M. A. T. y A. R. A. , contra la entidad BBVA:

> » a) Condeno a la entidad BBVA (Banco Bilbao Vizcaya Argentaria) por causa de incumplimiento culposo del contrato de gestión a que abone a los actores la suma de 291.488,84 euros
> » b) Condeno a la entidad BBVA a pagar a los actores el interés legal de dicha cantidad desde el momento en que se requiere de pago al defensor del cliente de BBVA por correo electrónico (24 de abril de 2009) hasta la fecha de sentencia y desde ésta hasta el pago, los intereses del artículo 576 de la LEC.
> » c) No se imponen las costas a ninguna de las partes.»

Tramitación en segunda instancia

QUINTO.- El representante procesal de la entidad “BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.” interpuso recurso de apelación contra la sentencia 342/2010, de 30 de diciembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Valencia, suplicando la absolución de su representada y la imposición de las costas de la primera instancia a la parte actora.

SEXTO.- D.ª Isabel Caudet Valero, en representación de D. J. M. A. T. y de D.ª A. R. A. , se opuso al recurso de apelación interpuesto por la entidad “BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.” y solicitó que por la Audiencia Provincial se confirmara la referida Sentencia en todos sus extremos, con la expresa imposición a los apelantes de las costas causadas. Asimismo, impugnó el fallo de dicha Sentencia, en lo relativo a los pronunciamientos sobre costas, solicitando que se condenara a la demandada a pagar las costas generadas en la primera instancia, con expresa imposición a los apelantes de las costas causadas en la segunda instancia y demás que en derecho procedieran.

SÉPTIMO.- Del escrito de oposición al recurso de apelación y de impugnación de la misma resolución apelada se dio traslado a la apelante principal, quien presentó escrito de oposición a la impugnación formalizada de contrario y suplicó a la Audiencia Provincial la estimación del recurso de apelación y la imposición de las costas de la instancia a la contraria, así como la desestimación de la impugnación con imposición de las causadas por la misma en la apelación a la parte impugnante.

OCTAVO.- La resolución del recurso de apelación correspondió a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el núm. 289/2011 y tras seguir los correspondientes trámites dictó la Sentencia núm. 283/2011, de 28 de junio, cuya parte dispositiva disponía: «FALLO: Estimando el recurso de apelación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia 27 de Valencia, en proceso ordinario 132/10, revocamos dicha resolución y desestimando la demanda presentada por J. M. A. T. y A. R. A. , absolvemos de sus pretensiones a BBVA SA, sin efectuar pronunciamiento de las costas en primera y segunda instancia.»

Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación

NOVENO.- La representación procesal de D. J. M. A. T. y de D.ª A. R. A. interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación y contra la Sentencia núm. 283/2011, de 28 de junio.

a) La interposición del recurso extraordinario por infracción procesal se basó en la falta de aplicación del artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

b) El recurso de casación se fundamentó en la infracción:

1.- Del artículo 1726 del Código Civil en relación con la infracción de los artículos 255 y 264 del Código de Comercio.

2.- La infracción del artículo 79 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, en relación con la inaplicación de su artículo 16.

DÉCIMO.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante

la misma. Recibidas dichas actuaciones y personados D. J. M. A. T. y D.ª A. R. A. , por medio de la procuradora D.ª Nuria Munar Serrano, y la entidad "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.", a través de la procuradora D.ª Ana Llorens Pardo, se dictó Auto de 16 de mayo de 2012, cuya parte dispositiva decía: «LA SALA ACUERDA:

»1°) ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de Don J. M. A. T. y Doña A. R. A. contra la Sentencia dictada, en fecha 28 de junio de 2011, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) en el rollo de apelación nº 289/2011 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 132/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 27 de los de Valencia.

»2°) Entréguese copia del escrito de interposición de los recursos, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición por escrito en el plazo de VEINTE DÍAS.»

UNDÉCIMO.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición a la admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

DUODÉCIMO.- Se tuvo por formalizada la oposición y al no haber solicitado ambas partes la celebración de vista, quedó el recurso pendiente de vista o votación y fallo.

DECIMOTERCERO.- Se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 6 de marzo del mismo año.

DECIMOCUARTO.- Teniendo en cuenta la materia sobre la que debe resolverse en los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos, se dejó sin efecto el señalamiento para votación y fallo fijado y se acordó someter al conocimiento del Pleno de la Sala del día 20 de marzo de 2013.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **RAFAEL SARAZÁ JIMENA**, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

D. J. M. A. T. y Dª A. R. A. , casados entre sí en régimen de gananciales, interpusieron demanda contra la entidad "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A." (en lo sucesivo, BBVA o "el banco") en la que reclamaban la indemnización de 291.488,84 € porque el banco había cumplido negligentemente el contrato de gestión discrecional de carteras de inversión concertado con los demandantes, al adquirir para los actores valores complejos y de alto riesgo como eran las participaciones preferentes de la entidad "LEHMAN BROTHERS HOLDINGS INC" (en lo sucesivo, Lehman Brothers), cuyo valor se ha visto reducido en la cantidad reclamada como indemnización como consecuencia de la quiebra de Lehman Brothers, cuando los demandantes habían optado por un perfil de riesgo muy bajo al suscribir el contrato.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda al considerar que BBVA había cumplido negligentemente el contrato, básicamente por no haber facilitado a los demandantes información correcta y haber adquirido para los actores productos no garantizados que no se ajustaban a su perfil de cliente minorista que habían optado por un perfil de riesgo muy bajo.

BBVA recurrió en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y absolvió a BBVA. Los argumentos en los que basaba su decisión eran, sucintamente, que el contrato de gestión de cartera de inversión se asemeja al de mandato para la gestión de un patrimonio ajeno en el que el mandatario no se compromete a un resultado concreto de la inversión pues contrae una obligación de medios y no de resultado, sin que el riesgo de la operación inversora se desplace a

la entidad gestora, pues sigue siendo asumido por el inversor. Considera la Audiencia Provincial que los actores tuvieron información adecuada para comprender la naturaleza del producto que BBVA iba a adquirir para su cartera de inversión pues (i) recibieron información precontractual en las conversaciones previas a la concertación de la operación, a través de correos electrónicos en que se les ofrecía la información que demandaran (ii) en dichas negociaciones estaban asesorados por el Sr. Z. , asesor de las empresas gestionadas por el codemandante Sr. A. T. , (iii) recibieron información tanto de la concreta adquisición de las participaciones preferentes como de la evolución posterior de su cartera, incluidas dichas participaciones preferentes, de forma periódica. Respecto a la naturaleza del producto en relación al perfil inversor de los demandantes, la Audiencia Provincial reconoce que puede llamar la atención que se compraran valores complejos y de riesgo a la vista de que los actores eligieron un perfil de riesgo muy bajo, pero afirma que la normativa vigente no impedía a clientes conservadores solicitar inversiones en productos de riesgo y resulta probada la voluntad de los demandantes de adquirir las participaciones preferentes.

Los demandantes interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

SEGUNDO.- Recurso extraordinario por infracción procesal.

La parte demandante interpone en primer lugar recurso extraordinario por infracción procesal en el que alega la infracción, por falta de aplicación, del art. 217.7º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La infracción consistiría en que la Audiencia Provincial no habría desplazado la carga de la prueba al profesional experto como debería haber hecho por razones de disponibilidad y facilidad probatoria al ser objeto de enjuiciamiento una relación contractual entre un consumidor de perfil de riesgo muy bajo y un profesional experto. Al existir dudas de hecho en la existencia de extralimitación del mandato conferido por los actores a la entidad demandada en relación a la adecuación del producto al perfil de los demandantes, alega la parte recurrente que las consecuencias negativas de la falta de prueba han sido atribuidas a los actores, incurriendo en la infracción procesal denunciada. Para justificar la existencia de tal infracción cita fragmentariamente el

fundamento cuarto y el fundamento quinto de la sentencia de la Audiencia Provincial.

TERCERO.- Valoración de la Sala. La carga de la prueba

La carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia de “non liquet” (literalmente, “no está claro”) que se establece en los arts. 11.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.7º del Código Civil, al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba.

Esa es la razón por la que el precepto que la regula, art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se encuentra entre las disposiciones generales en materia de prueba (arts. 281 a 298) sino entre las normas relativas a la sentencia, pues es en ese momento procesal cuando han de tener virtualidad las reglas de la carga de la prueba, al decidir a quién ha de perjudicar la falta de prueba de determinados extremos relevantes en el proceso. De ahí que haya de alegarse su infracción a través del art. 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil al tratarse de una norma reguladora de la sentencia.

Solo se infringe dicho precepto si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas aplicables para su atribución a una y otra de las partes, establecidas en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y desarrolladas por la jurisprudencia.

En el caso objeto de este recurso no se ha producido esa infracción. La sentencia de la Audiencia Provincial no adopta el pronunciamiento revocatorio de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y desestimatorio de la demanda basándose en que determinados hechos

hayan quedado sin probar o deficientemente acreditados. A lo que hace referencia cuando afirma «ciertamente en este punto llama la atención y puede generar dudas fácticas» es a la existencia de una cuestión de contornos difíciles, por existir elementos que parecen contradictorios, como es el perfil del riesgo otorgado a los demandantes en comparación con la contratación de instrumentos financieros complejos de alto riesgo con posibilidad de pérdida. Pero valora que con base en los hechos probados (conversaciones y correos electrónicos previos a la firma del contrato, modo en que se marcaron las casillas sobre perfil de riesgo y tipos de valores a adquirir en el documento que recogía el contrato de gestión de cartera, presencia del Sr. Z. como asesor de los demandantes, asentimiento de éstos en la adquisición de las preferentes de Lehman Brothers) puede considerarse que no hubo extralimitación del banco ni incumplimiento de sus deberes negociales. La solución dada por la Audiencia Provincial podrá ser cuestionada por su conformidad a las características y naturaleza del contrato que unía a las partes y a la normativa que le es aplicable, pero no supone una aplicación de las reglas de la carga de la prueba pues no se basa la decisión en la inexistencia o insuficiencia de prueba sobre un determinado extremo relevante para resolver el litigio.

Si los recurrentes discrepan de la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida en la valoración jurídica de tales hechos por considerar que los mismos han de ser considerados como un incumplimiento de los deberes que para la entidad bancaria resultaban del contrato concertado con los demandantes conforme a la normativa legal aplicable (Código Civil, Código de Comercio, Ley del Mercado de Valores y normativa que la desarrolla), tal cuestión no afecta a los hechos, ni por tanto a la carga de la prueba, sino a cuestiones de naturaleza jurídica propias del recurso de casación. Es ahí donde deben ser analizadas.

Por lo expuesto, el recurso extraordinario por infracción procesal ha de ser desestimado.

CUARTO.- Recurso de casación. Infracción de los preceptos del Código Civil y del Código de Comercio relativos al mandato. Infracción del derecho de información del inversionista establecido en la Ley del Mercado de Valores.

El primer motivo del recurso de casación interpuesto por los demandantes se enuncia del siguiente modo: «Infracción de los artículos

1.726 del Código Civil relativo al contrato de mandato, en relación a la infracción de los artículos 255 y 264 del Código de Comercio, relativos al contrato de comisión mercantil y artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores».

Los argumentos que sustentan este motivo del recurso son, resumidamente, que (i) existió una extralimitación de BBVA en el mandato concedido por los demandantes pues adquirió para la cartera que gestionaba productos que no eran acordes al perfil del inversor y (ii) el inversor solo puede correr con los riesgos de la operación si el gestor le informa de todos los extremos por él conocidos que pueden tener relevancia para el buen fin de la operación.

El segundo y último motivo del recurso de casación de encabeza con el siguiente enunciado: «Infracción del artículo 79 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores en relación con la inaplicación del artículo 16 de la Ley del Mercado de Valores de 1988, aplicable al supuesto que tratamos, ya que dispone que las entidades de gestión deben facilitar a sus clientes información de todos los asuntos concernientes a sus operaciones, refiriéndose a estos deberes de información la Orden de 25 de octubre de 1995 y la norma 13ª de la Circular 1/1996 de 27 de marzo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores».

El motivo se basa, sucintamente, en la vulneración por parte del BBVA del derecho de información de los demandantes como consumidores que suscriben contratos de adquisición de valores o productos de inversión (i) en el momento inicial de adquirir las participaciones preferentes de Lehman Brothers y (ii) en el periodo que precedió a la quiebra de esta entidad.

QUINTO.- Las alegaciones de la recurrida respecto de la inadmisibilidad del recurso.

La recurrida BBVA alega que los motivos del recurso de casación han de ser inadmitidos pues pretenden la revisión de las conclusiones probatorias de la Audiencia Provincial sobre la extralimitación de BBVA en el mandato conferido y sobre el cumplimiento por dicha entidad de su deber de información.

La alegación no puede ser estimada. Para apreciar si hubo o no extralimitación de BBVA en el mandato conferido en virtud del contrato de gestión discrecional de cartera concertado y si cumplió o no el deber de información derivado del mismo no solamente es preciso fijar cómo sucedieron los hechos sino también valorarlos jurídicamente teniendo en cuenta las exigencias jurídicas derivadas del contrato suscrito por las partes y de las normas legales aplicables al mismo.

Que la Audiencia Provincial afirme que BBVA no se extralimitó del mandato recibido y que los demandantes tuvieron la información pertinente supone algo más que fijar unos determinados hechos, que efectivamente deben permanecer inalterados en casación. Supone realizar un enjuiciamiento de los mismos aplicándoles las normas legales cuya infracción se denuncia, pues tales normas determinan cuál debe ser la conducta de la empresa que presta servicios de inversión en el cumplimiento del mandato recibido del inversor y cómo debe cumplir sus obligaciones de información al inversor. Como afirma la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 683/2012, de 21 de noviembre, RC núm. 1729/2010, con cita de varias anteriores, la determinación de los hechos en los que la Audiencia Provincial basa su valoración jurídica no puede ser variada en casación, pero sí puede serlo la propia valoración jurídica de tales hechos. Se trata de aplicar juicios de valor que aportan criterios adecuados para la subsunción de los hechos probados en el concepto jurídico previsto en la norma, cuyo control no queda fuera de la casación.

Alega asimismo BBVA que se realiza en el recurso de casación una cita de preceptos heterogéneos, lo cual no es cierto puesto que se citan preceptos legales reguladores del mandato y de la conducta a observar por la empresa que opera en el mercado de valores con la que el inversor concierta el contrato de gestión de carteras.

SEXTO.- Valoración de la Sala. El contrato de gestión de carteras de inversión: obligaciones impuestas al profesional por la normativa reguladora.

Los motivos han de ser analizados y resueltos conjuntamente, por la estrecha relación que presentan.

Los litigantes concertaron un contrato de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión, que es aquel por el que una empresa autorizada a actuar profesionalmente en el mercado de valores (como es el caso de la entidad de crédito demandada, art. 37.1.b de la Ley del Mercado de Valores) se obliga a prestar al inversor servicios de gestión personalizada, profesional y remunerada sobre los valores integrantes de la cartera del inversor, cumpliendo determinadas exigencias reforzadas de profesionalidad, información, buena fe, imparcialidad y diligencia, con arreglo al mandato conferido por el cliente, para que éste obtenga una mayor rentabilidad en sus actuaciones en el mercado de valores.

En línea con lo declarado en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 687/1998, de 11 de julio, RC núm. 1195/1994, puede afirmarse que su esquema contractual responde fundamentalmente al mandato o comisión mercantil. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, de 21 de noviembre de 2002, dictada en el asunto C-356/2000, caso Testa y Lazzeri contra Comisiones Nazionale per le Società e la Borsa (Consob), afirma en su párrafo 38 que la gestión de carteras debe efectuarse con arreglo a un mandato en virtud del cual el inversor faculta a una empresa de inversión para tomar decisiones de inversión por su cuenta, discrecionales pero respetando siempre las decisiones estratégicas del inversor.

Por tanto, es un contrato que por su función económica y su significación jurídica encaja en el esquema contractual del mandato o comisión mercantil, como modelo contractual típico de la gestión de negocios ajenos. Se caracteriza por la especificidad de su objeto y se basa en la confianza del cliente hacia el profesional del mercado de valores al que confiere amplias facultades para realizar, por cuenta del cliente inversor, las operaciones que considere más convenientes para el objetivo perseguido, conseguir una mayor rentabilidad, en relación a un ámbito restringido de actividad, el de la inversión en valores negociables.

La citada sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 687/1998, de 11 de julio, RC núm. 1195/1994, afirma que dicho contrato carece de una regulación específica y detallada de su aspecto jurídico-privado. No obstante, varias normas legales y reglamentarias de Derecho interno, y algunas normas comunitarias, han regulado los requisitos que han de cumplir las entidades que se dediquen a la gestión de carteras de inversión, su organización interna y código de conducta. En principio son

normas que regulan principalmente aspectos jurídico-públicos relacionados con la actuación de las empresas que actúan en el mercado de valores, pero tienen incidencia directa en el contenido jurídico-privado del contrato en aspectos tales como imparcialidad y buena fe exigibles al profesional en su relación con la clientela, nivel de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, información que debe recabar de los clientes y que debe facilitar a los mismos, contratos tipo, publicidad de las tarifas, etc.

Entre las principales normas que hacen relación a este contrato, vigentes en la fecha en que el mismo fue concertado, pueden destacarse las siguientes:

1) La Ley del Mercado de Valores, que en su art. 63.1.d consideraba servicio de inversión sujeto a las disposiciones de dicha ley "la gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los inversores", y dedica el título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión, como es el de gestión discrecional de carteras de inversión, previendo su desarrollo reglamentario. El art. 79 invocado por los recurrentes como infringido prevé en varios de sus apartados que las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán:

«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 […].»

Dicha previsión normativa desarrolla la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, cuyos arts. 10 a 12 exige un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Las normas de Derecho interno han de ser interpretadas a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, como establece la jurisprudencia del Tribunal de

Justicia de la Unión Europea. De entre las previsiones de esta Directiva pueden destacarse las siguientes:

«Artículo 11.

»1. Los Estados miembros establecerán normas de conducta que las empresas de inversión deberán observar en todo momento. Dichas normas deberán imponer la ejecución, como mínimo, de los principios que se enuncian en los guiones que figuran a continuación y, en su aplicación, deberá tenerse en cuenta el carácter profesional de la persona a la que se preste el servicio. […] Estas normas obligarán a la empresa de inversión:

»- a operar, en el ejercicio de su actividad, leal y equitativamente, defendiendo al máximo los intereses de sus clientes y la integridad del mercado;

»- a proceder con la competencia, el esmero y la diligencia debidos, defendiendo al máximo los intereses de sus clientes y la integridad del mercado;

»- a poseer y utilizar con eficacia los recursos y los procedimientos necesarios para llevar a buen término su actividad;

»- a informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados;

»- a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes;

»- a esforzarse por evitar los conflictos de intereses y, cuando éstos no puedan evitarse, a velar por que sus clientes reciban un trato equitativo;

»- a ajustarse a todas las normativas aplicables al ejercicio de sus actividades de forma que se fomenten al máximo los intereses de sus clientes y la integridad del mercado. […]

»Artículo 12.

»La empresa deberá indicar a los inversores, antes de entablar con ellos relaciones de negocios, qué fondo de garantía o qué protección equivalente será aplicable, en lo que se refiere a la operación o las operaciones que se contemplen, la cobertura garantizada por uno u otro sistema, o bien que no existe fondo ni indemnización de ningún tipo. […]»

Por otra parte, la progresión en la protección del inversor que supone la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), ha de ser tomada también en consideración en la interpretación de las obligaciones de la empresa que prestaba los servicios de inversión aunque cuando las partes concertaron el contrato no hubiera transcurrido el plazo de transposición pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado expresamente que la obligación de interpretación del Derecho interno a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva vincula a los jueces con independencia de que haya transcurrido o no el plazo para la transposición (Sentencia de 8 de octubre de 1987, caso "Kolpinghuis Nijmegen", asunto 80/86). En tal sentido, esta Sala ha utilizado Directivas cuyo plazo de transposición no había finalizado, y que no habían sido efectivamente transpuestas a nuestro Derecho interno, como criterios de interpretación del mismo. Así ocurrió en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996, que utilizó la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores, para interpretar la normativa de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley del Mercado de Valores.

2) Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que establece las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba la previsión de normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo): «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.»

3) Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, que desarrolla parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios (art. 9, información sobre operaciones: «Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos»).

4) Orden del Ministerio de Economía y Hacienda 7 de octubre de 1999, que desarrolla específicamente el código general de conducta y normas de actuación en la gestión de carteras de inversión. En la misma se contienen, entre otras, las siguientes previsiones:

« Segundo. Principios y deberes generales de actuación

Las entidades que, con arreglo a lo »1. previsto en la presente Orden, realicen el servicio de inversión de gestión de carteras desempeñarán dicha actividad con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, defendiendo los intereses de sus clientes.

En la actividad de gestión de carteras »2. se atenderá a los principios y deberes que se recogen a continuación:

Las entidades »a) deberán identificar correctamente a sus clientes. Cuando no sean clientes institucionales deberán solicitarles información sobre su experiencia inversora, objetivos, capacidad financiera y preferencia de riesgo. […]

Las entidades »b) deberán asesorar profesionalmente a sus clientes en todo momento, tomando en consideración la información obtenida de ellos.

Las entidades »c) 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.»

«Cuarto. Formalización contractual de la gestión de carteras

»Las relaciones entre el cliente y el gestor de cartera deberán estar formalizadas mediante un contrato-tipo de gestión de cartera, conforme a lo previsto en el número octavo de la Orden Ministerial de 25 de octubre de 1995 Dichos contratos serán redactados de forma clara y fácilmente comprensible, y cuyo contenido abarcará, al menos, los siguientes aspectos:

Descripción pormenorizada de los »a) criterios generales de inversión acordados entre el cliente y la entidad.

Relación »b) concreta y detallada de los diferentes tipos de operaciones y categorías de los valores o instrumentos financieros sobre los que recaerá la gestión y de los tipos de operaciones que se podrán realizar, en la que se distinguirán, al menos, las de valores de renta variable, de renta fija, otros instrumentos financieros de contado, instrumentos derivados, productos estructurados y financiados. Deberá constar la autorización del cliente en forma separada sobre cada uno de dichos valores, instrumentos o tipos de operación.[…]».

Como resumen de lo expuesto, el régimen jurídico resultante de la Ley del Mercado de Valores y de la normativa reglamentaria que la desarrolla, interpretadas a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 1993/22/CEE de la que son desarrollo, impone a las empresas que actúan en el mercado de valores, y en concreto a las que prestan servicios de gestión discrecional de carteras de inversión, la obligación de recabar información a sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, y la de suministrar con la debida diligencia a los clientes cuyas carteras de inversión gestionan una información clara y transparente, completa, concreta y de fácil comprensión para los mismos, que evite 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. Deben observar criterios de conducta basados en la imparcialidad, la buena fe, la diligencia, el orden, la prudencia y, en definitiva, cuidar de los intereses de los clientes como si fuesen propios, dedicando a

cada cliente el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, respondiendo de este modo a la confianza que el inversor deposita en el profesional en un campo tan complejo como es el de la inversión en valores mobiliarios.

La empresa que gestiona la cartera del inversor ha de seguir las instrucciones del cliente en la realización de operaciones de gestión de los valores de la cartera ("con arreglo al mandato del cliente" o "a los mandatos del cliente", se dice en la Ley del Mercado de Valores y en la STJUE antes mencionados). Las indicaciones del cliente sobre su perfil de riesgo y sus preferencias de inversión desempeñan una función integradora del contenido del contrato, fundamental en el caso del mandato (arts. 1719 del Código Civil y 254 y 255 del Código de Comercio), haciendo la función de instrucciones al gestor para el desarrollo de su obligación básica. Por eso es fundamental que al concertar el contrato las preguntas formuladas al cliente para que defina su perfil de riesgo y los valores de inversión que pueden ser adquiridos sean claras, y que el profesional informe al cliente sobre la exacta significación de los términos de las condiciones generales referidas a dicho extremo y le advierta sobre la existencia de posibles contradicciones que pongan de manifiesto que la información facilitada al cliente no ha sido debidamente comprendida.

SÉPTIMO.- El estándar de información exigible a la empresa que opera en el mercado de valores. La responsabilidad de ésta por el incumplimiento de las obligaciones de información y actuación de buena fe.

Los recurrentes reprochan a la sentencia de la Audiencia Provincial que no aplica debidamente el art. 79 de la Ley del Mercado de Valores. Alegan que la empresa que presta servicios de inversión no puede eludir su responsabilidad cuando las inversiones aconsejadas al cliente son incompatibles con su perfil de inversor.

Los valores negociables son activos financieros que, por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, son susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera (cfr. art. 3 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre). Son bienes potencialmente fructíferos cuyo valor reside en los derechos económicos y

de otra naturaleza que incorporan. Dada su complejidad, solo son evaluables en aspectos tales como la rentabilidad, la liquidez y el riesgo por medio de un proceso informativo claro, preciso y completo. La información es muy importante en este ámbito de la contratación. De ahí el estándar elevado impuesto al profesional en la normativa que ha sido examinada. El suministro de una deficiente información por parte de la empresa que presta servicios de inversión al cliente puede suponer una negligencia determinante de la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Las normas reguladoras del mercado de valores exigen un especial deber de información a las empresas autorizadas para actuar en ese ámbito, como resulta del art. 79.1.e de la Ley del Mercado de Valores en la redacción vigente cuando se concertó el contrato (actualmente, de modo más detallado, en el art. 79.bis de dicha ley, que incorpora la Directiva MIFID) así como en la normativa reglamentaria que lo desarrolla (en el momento en que se concertó el contrato entre las partes y se propuso la compra de las participaciones preferentes de Lehman Brothers, art. 16 y anexo sobre código general de conducta del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, art. 9 de la Orden Ministerial de 25 de octubre de 1995, y arts. 2 a 4 de la Orden Ministerial de 7 de octubre de 1999).

Al concertarse el contrato de gestión discrecional de cartera de inversión los demandantes carecían de valores mobiliarios que aportaran para ser gestionados. Fue el banco quien aconsejó la adquisición de determinados valores. Aunque tal conducta no es la típica del contrato de gestión discrecional de carteras, pues se trata de un asesoramiento y no de una actuación por cuenta del mandante, no puede considerarse que se haya producido extramuros del contrato. Es un aspecto complementario de la conducta propia de la empresa de gestión de cartera derivada del contrato al que son aplicables las exigencias derivadas de su normativa reguladora.

La sentencia de la Audiencia Provincial considera que la información facilitada por el banco a los demandantes fue suficiente y adecuada porque se cruzaron correos electrónicos en que se les informaba sobre los valores cuya adquisición se proponía, uno de los demandantes era empresario (en concreto lo era el marido), actuaron asesorados por un tercero, y se les informó de la adquisición de los productos cuando la misma se realizó efectivamente, así como de su evolución posterior.

Esta Sala considera que una información como la facilitada por BBVA a los demandantes podría ser suficiente en el caso de otra relación contractual más simple, pero no lo es en el contrato de gestión discrecional de cartera de valores pues no alcanza el estándar de la conducta exigida al profesional con base en la normativa que lo regula y que ha sido expuesta.

En primer lugar, no se suministra una información completa y clara al inversor ni se actúa de buena fe cuando en el contrato existe una contradicción evidente entre la respuesta que da el inversor cuando se le pregunta por su perfil de riesgo y la elección de los valores en que se puede invertir. Los demandantes optaron por un perfil de riesgo “muy bajo”, que era el más conservador de los cinco posibles. Si la empleada del banco que les atendió marcó a continuación, y tras preguntar a los clientes, en las casillas que posibilitaban invertir en valores de riesgo elevado (pues marcó todas las casillas salvo la residual de “cualesquiera contratos u operaciones…”), es evidente que existe una contradicción no explicada ni resuelta. Es significativo que en la cláusula del contrato relativa al perfil de riesgo, tras indicar a qué responde cada uno de los perfiles posibles (de “muy bajo” a “muy alto”) se añada: “además, se tomarán en cuenta los activos seleccionados en la cláusula cuarta [valores a contratar], de modo que sea coherente el perfil inversor y las operaciones que pueden realizarse”. En este caso, la incoherencia es palmaria y no ha sido justificada.

No se acepta la tesis de la sentencia de la Audiencia Provincial que justifica la corrección de la actuación de BBVA en que la normativa reguladora del mercado de valores no impide a clientes conservadores solicitar inversiones en productos de riesgo. Lo relevante es que ese plus de buena fe y diligencia a observar por la empresa que actúa en el mercado de valores exige que ésta ponga de manifiesto al cliente la incoherencia existente entre el perfil de riesgo elegido (que por los términos en que se define, riesgo muy bajo, bajo, medio, alto o muy alto, es fácilmente comprensible) y los productos de inversión aceptados por el cliente (productos cuya comprensión cabal exige conocimientos expertos en el mercado de valores) y de este modo asegurarse que la información facilitada al cliente es clara y ha sido entendida.

Se observa además que los términos empleados en el contrato para advertir al inversor del riesgo de determinados productos no cumplen las exigencias de claridad y precisión en la información. Contienen vaguedades

(“…lo que puede dar lugar a que éste no tenga todo el éxito previsto”, “… comportan riesgos adicionales a los de las inversiones de contado por el apalancamiento que conllevan…”, etc.) o declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos (“el cliente… dispone de conocimiento e información suficientes de la mecánica de funcionamiento de estas inversiones...”).

Que con anterioridad a la suscripción del contrato se remitieran correos electrónicos a los demandantes, a través del Sr. Z. , no supone tampoco el cumplimiento del estándar de información exigido por la normativa del mercado de valores a la vista de que la información facilitada no alerta en absoluto sobre la complejidad del producto y el riesgo que conlleva (“…el cálculo de los cupones anuales que pagaría las emisiones de Preferentes que estuvimos comentando ayer y la TAE que representa el precio al que compramos…”). Tampoco lo supone que la empleada del banco se ofreciera a facilitar los datos que se le pidieran. La obligación de información que establece la normativa legal invocada por los recurrentes es una obligación activa, no de mera disponibilidad. El contrato de gestión discrecional de cartera de inversión es un contrato basado en la confianza del inversor en el profesional experto en el mercado de valores. En este sentido, la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 28/2003, de 20 de enero, RC núm. 1755/1997, hacía referencia a «[…] la complejidad de los mercados de valores que, prácticamente, obliga a los inversores a buscar personas especializadas en los referidos mercados que les asesoren y gestionen lo mejor posible sus ahorros; de ahí, el nacimiento y reconocimiento legal, de empresas inversoras, cuya actividad básica, consiste en prestar, con carácter profesional y exclusivo, servicios de inversión a terceros.». La confianza que caracteriza este tipo de relaciones negociales justifica que el cliente confíe, valga la redundancia, en que el profesional al que ha hecho el encargo de asesorarle y gestionar su cartera le ha facilitado la información completa, clara y precisa. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. Al cliente que ha comunicado al profesional que desea inversiones con un perfil de riesgo muy bajo no puede perjudicar que no haya indagado sobre el riesgo que suponían los valores cuya adquisición le propone dicho profesional, porque no le es jurídicamente exigible.

El hecho de que el codemandante fuera empresario tampoco puede justificar que el banco hubiera cumplido las obligaciones que la normativa legal del mercado de valores le impone. La actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto, que no lo da la actuación empresarial en un campo como el de los derribos, que es a lo que se dedican las empresas de que el codemandante es administrador. Que en el periodo inmediatamente anterior, a raíz de resultar agraciados con un premio de un sorteo de la ONCE, hubieran realizado algunas inversiones tampoco es suficiente para considerar a los demandantes como clientes expertos y eximir a la empresa que presta los servicios de inversión del cumplimiento del elevado estándar de información que le es exigible.

Tampoco el hecho de que los codemandantes estuvieran acompañados del Sr. Z. , asesor laboral y contable de las empresas de las que el codemandante era administrador, supone que la información que se les facilitó fuera suficiente. La condición de asesor laboral y contable de empresas de construcción que tenía este asesor no presupone conocimientos avanzados sobre los riesgos específicos de productos financieros y valores negociables complejos como los contratados por BBVA por cuenta de los demandantes y por tanto no eximen a la empresa que opera en el mercado de valores de la obligación de facilitar una información completa, clara y precisa sobre este extremo. En este sentido se pronuncia la sentencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán) de 22 de marzo de 2011, en el asunto con referencia XI ZR 33/10. Lo acontecido supone tan solo que los demandantes se hicieron acompañar por alguien con más formación que ellos en su relación con las entidades bancarias y en el mundo de la contratación, pero eso no es bastante para eximir al profesional del mercado de valores de facilitar la información completa, clara y precisa que le exige la normativa aplicable.

Que BBVA informara a los demandantes de haber adquirido para ellos las participaciones preferentes y les remitiera informaciones periódicas sobre la evolución de la inversión tampoco supone el cumplimiento del estándar de información exigible, pues tal información no contiene los datos necesarios para que los demandantes pudieran saber que los productos no se ajustaban al perfil de riesgo muy bajo por el que habían optado.

Por último, el hecho de que los demandantes hayan conservado participaciones preferentes de BNP adquiridas junto con las de Lehman

Brothers, siendo cierto que supone un dato discordante en la solución del recurso, no puede por sí solo eximir de responsabilidad a BBVA. Tal circunstancia no desvirtúa el incumplimiento de sus obligaciones como empresa del mercado de valores en sus relaciones con el cliente. Tampoco se ha alegado que, como gestor de la cartera, BBVA haya propuesto siquiera a los demandantes una inversión más acorde a su perfil que éstos hayan rechazado.

En conclusión, el banco no cumplió el estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo (así los define la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y así se acepta en la sentencia de la Audiencia Provincial) sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo muy bajo que habían seleccionado al concertar el contrato de gestión discrecional de carteras de inversión. Este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas.

Lo expuesto lleva a que el recurso de casación deba ser estimado.

OCTAVO .- La casación de la sentencia de la Audiencia Provincial supone que anulemos y dejemos sin efecto dicha sentencia y asumamos la instancia.

Respecto del recurso de apelación interpuesto por BBVA, los anteriores fundamentos suponen que dicho recurso ha de ser desestimado y el pronunciamiento condenatorio objeto del recurso, confirmado.

Respecto de la impugnación del pronunciamiento por el que no se hacía expresa imposición de las costas de primera instancia, formulada por los demandantes, se considera que la complejidad de la situación fáctica y jurídica objeto del litigio y la ausencia de una doctrina jurisprudencial consolidada justifica que el Juzgado de Primera Instancia hiciera uso de la excepción al principio de vencimiento y no hiciera expresa imposición de las costas de primera instancia, sin que sea exigible una fundamentación

especialmente prolija para aplicar la excepción al principio de vencimiento objetivo en la imposición de las costas.

NOVENO.- Costas

De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, que se desestima, deben ser impuestas a los recurrentes y no procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación, que se estima.

Al revocarse la sentencia de la Audiencia Provincial y acordarse la desestimación del recurso de apelación y de la impugnación, las costas del recurso de apelación deben ser impuestas al BBVA y las de la impugnación, a los demandantes.

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

F A L L A M O S

1.- Desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. J. M. A. T. y D.ª A. R. A. contra la sentencia núm. 283/2011, de 28 de junio de 2011, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Novena, dictada en el recurso de apelación núm. 289/2011.

2.- Imponemos a los expresados recurrentes las costas del recurso extraordinario por infracción procesal que desestimamos.

3.- Estimamos recurso de casación interpuesto por D. J. M. A. T. y D.ª A. R. A. contra la sentencia núm. 283/2011, de 28 de junio de 2011, de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Novena, dictada en el recurso de apelación núm. 289/2011.

4. Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar acordamos desestimar el recurso de apelación interpuesto por la entidad “BANCO BILBAO VIZCAYA

ARGENTARIA, S.A.” y la impugnación de D. J. M. A. T. y D.ª A. R. A. contra la sentencia núm. 342/2010, de 30 de diciembre de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Valencia en el procedimiento de juicio ordinario núm. 132/2010, que confirmamos, cuyo fallo es del siguiente tenor:

«Que estimando íntegramente la demanda presentada por la procuradora Dña. Isabel Caudet Valero, en nombre de D. J. M. A. T. y A. R. A. , contra la entidad BBVA:

» a) Condeno a la entidad BBVA (Banco Bilbao Vizcaya Argentaria) por causa de incumplimiento culposo del contrato de gestión a que abone a los actores la suma de 291.488,84 euros

» b) Condeno a la entidad BBVA a pagar a los actores el interés legal de dicha cantidad desde el momento en que se requiere de pago al defensor del cliente de BBVA por correo electrónico (24 de abril de 2009) hasta la fecha de sentencia y desde ésta hasta el pago, los intereses del artículo 576 de la LEC.

» c) No se imponen las costas a ninguna de las partes».

5. Condenamos a la entidad “BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.” a las costas del recurso de apelación y a D. J. M. A. T. y D.ª A. R. A. a las costas de la impugnación.

6. No procede imposición de las costas del recurso de casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del 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. **Rafael Sarazá Jimena**, 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.