

Roj: STS 631/2014
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 279/2012
Nº de Resolución: 82/2014
Procedimiento: Casación
Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Febrero de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación núm. 279/2012, interpuesto por el Procurador D. Francisco Javier Vázquez Hernández, en nombre y representación de D. Bernardo contra la Sentencia núm. 637/2011, de 19 de diciembre, dictada por la sección novena de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 478/2010, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1227/2009, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 37 de Madrid. Ha sido parte recurrida la entidad "BANCO ESPÍRITO SANTO, S.A., SUCURSAL ESPAÑA", representada ante esta Sala por el Procurador D. Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador D. Francisco Javier Vázquez Hernández, en nombre y representación de D. Bernardo presentó en el Decanato de los Juzgados de Madrid, con fecha 4 de junio de 2009, demanda de juicio ordinario contra la entidad "BANCO ESPÍRITO SANTO, S.A. SUCURSAL ESPAÑA", que, una vez repartida, tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia núm. 37 y fue registrada con el núm. P.O. 1227/2009, cuyo suplico decía: «[...] dicte Sentencia por la que se declare y condene a BANCO ESPÍRITO SANTO S.A. Sucursal en España, a estar y pasar por los siguientes pronunciamientos:

» a) Que se declare que la reclamación efectuada por la demandada a mi mandante mediante burofax de 6 de abril de 2009 es indebida en cuanto a la cantidad de 3.000.000 euros, por estar contractualmente pactado que el 100% de la inversión inicial, en este caso 3.000.000 euros, estaba totalmente garantizada por la demandada y es a ella a quien le incumbe el pago.

» b) Que en consecuencia con el pronunciamiento del apartado a) anterior se condene a la demandada a rehacer el cálculo de intereses teniendo en cuenta que debe ser tenido como abonada la cantidad de 3.000.000 de euros, cuando se conoció la quiebra de Lehman Brothers en octubre de 2008.

» c) Que se condene a BANCO ESPÍRITO SANTO S.A. Sucursal en España a estar y a pasar por los pronunciamientos contenidos en los apartados a) y b) anteriores.

» d) Que se condene a BANCO ESPÍRITO SANTO S.A. Sucursal en España al pago de las costas ocasionadas en el presente procedimiento.»

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a la parte demandada para su contestación.

El Procurador D. Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa, en nombre y representación de la entidad "BANCO ESPÍRITO SANTO, S.A." contestó a la demanda y suplicó al Juzgado: «[...]

dictar Sentencia desestimatoria de la demanda y absolviendo de la misma a mi representada con expresa imposición de todas las costas causadas a la demandante.»

TERCERO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada Juez de Primera Instancia núm.

37 de Madrid dictó la Sentencia núm. 75/2010, de 6 de abril, cuyo Fallo se transcribe a continuación: «Que desestimando la demanda interpuesta por D. Bernardo contra BANCO ESPÍRITO SANTO, SA, SUCURSAL EN ESPAÑA, absuelvo a la referida demandada de las pretensiones formuladas en su contra. Con imposición a la parte actora de las costas de esta instancia.»

Tramitación en segunda instancia

CUARTO.- El Procurador de la parte demandante apeló la Sentencia dictada en primera instancia y suplicó a la Audiencia Provincial: «[...] dicte Sentencia por la que se revoque íntegramente la dictada en primera instancia y anteriormente citada por ser contraria a Derecho, y en su lugar se dicte otra conforme al Suplico de nuestro escrito de demanda.»

QUINTO.- Del recurso de apelación interpuesto se dio traslado a la parte contraria, quien presentó escrito de oposición, en el que suplicó al Juzgado, para ante la Audiencia: «[...] acuerde desestimarlos, manteniendo íntegramente los pronunciamientos de la referida Sentencia, con expresa condena en costas en esta alzada.»

SEXTO.- La resolución del recurso de apelación correspondió a la sección novena de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el núm. de rollo 478/2010 y tras seguir los correspondientes trámites dictó la Sentencia núm. 637/2011, de 19 de diciembre, cuya parte dispositiva disponía: «Fallamos: Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Bernardo contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º. 37 de Madrid con fecha 6 de abril de 2010 en autos de Juicio Ordinario allí seguidos con el número 1227/09, confirmamos la indicada resolución.

Todo ello con imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante, con pérdida del depósito constituido para recurrir de conformidad con el punto 9º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .»

Interposición y tramitación del recurso de casación

SÉPTIMO.- El representante procesal de D. Bernardo interpuso recurso de casación contra la Sentencia núm. 637/2011, de 19 de diciembre, dictada por la sección novena de la Audiencia Provincial de Madrid, con base en los siguientes motivos:

» Primero.- Infracción del artículo 1281, párrafo 1º, del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta.

» Segundo.- Infracción del artículo 1286 del Código Civil

» Tercero.- Infracción del artículo 1283 del Código Civil y de la jurisprudencia que [lo] interpreta este último.

» Cuarto.- Infracción del artículo 1284 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta.

» Quinto.- Infracción del artículo 1288 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta.

» Sexto.- Infracción del artículo 6.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación .

» Séptimo.- Infracción de lo dispuesto en el artículo 1827 del Código Civil.

» Octavo.- Infracción del artículo 78 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

» Noveno.- Infracción del artículo 64 del RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de empresas de servicios de inversión.»

OCTAVO.- La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes. Personadas éstas a través de los Procuradores mencionados en el encabezamiento de esta resolución se dictó Auto de 29 de octubre de 2013, cuya parte dispositiva decía: «La Sala acuerda:

»1.- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Bernardo contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 19 de diciembre de 2011, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9.^a, en el rollo de apelación n.º 478/2010, dimanante del juicio ordinario n.º 1227/2009, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 37 de Madrid.

» 2.- Dése traslado por el secretario de la Sala del escrito de interposición, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida comparecida en este rollo, para que formalice su oposición, en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría de Sala.»

NOVENO.- El Procurador de la parte recurrida se opuso al recurso de casación interpuesto de adverso.

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

UNDÉCIMO.- Mediante Providencia de 23 de diciembre de 2013, 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 día 6 de febrero de 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Antecedentes del caso y sentencias de instancia

1.- D. Bernardo interpuso una demanda contra "BANCO ESPIRITO SANTO" (en lo sucesivo, el banco) en la que solicitaba se declarase que la reclamación de 3.165.722 euros que el banco le había efectuado, resultado de la liquidación de una póliza de crédito en cuenta corriente concertada entre ambos, era indebida porque tal póliza de crédito había sido suscrita para financiar una inversión, también contratada con el banco, que estaba totalmente garantizada por este. Alegaba que dado que el emisor del producto financiero, LEHMAN BROTHER, había quebrado, el banco debía responder de los tres millones invertidos en tal producto y el demandante solo debía pagar los intereses del crédito concertado para financiar la inversión.

2.- Tanto en primera instancia como en apelación, el debate se ha centrado en la interpretación de un contrato denominado "contrato de producto estructurado sobre el índice DOW JONES EUROSTOXX 50 a dos años 100% garantizado" celebrado entre el demandante y el banco y que tenía por objeto un producto financiero estructurado cuyo emisor era LEHMAN BROTHERS.

La tesis mantenida por el demandante atribuía la cualidad de garante de la inversión al banco, mientras que este sostenía que el garante era el emisor de la inversión, la entidad LEHMAN BROTHERS, que quebró en el año 2008.

3.- El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial consideraron que la interpretación correcta del contrato era la sostenida por el banco, puesto que en el contrato concertado no se estipulaba que el garante de la devolución del capital invertido fuera el banco demandado.

La Audiencia declaró en su sentencia que en el contrato constaba que el "riesgo de la inversión" podía venir afectado por la solvencia del emisor, entre otros factores, y que el producto era "una obligación contractual del emisor para con el inversor", estando vinculado a la solvencia del emisor.

Ponía de relieve la Audiencia que el demandante reconoció en el interrogatorio que fue debidamente asesorado en la inversión, y que los documentos acompañados con la contestación a la demanda muestran que "el demandante es pleno conocedor del mercado financiero, con amplia experiencia en inversiones de difícil entendimiento para el común de las personas".

La documentación a que hace referencia la Audiencia acreditaba que el demandante ocupaba el puesto de vicepresidente del consejo de administración de una importante sociedad. Asimismo, que había concertado previamente con el banco una póliza de crédito por seis millones de euros para invertir en un producto financiero denominado "autocancelable sobre France Telecom con barrera de observación continua (55%)", y que simultáneamente al contrato sobre el producto estructurado en el que se ha centrado el debate, concertó otro denominado "contrato financiero atípico sobre las acciones de Deutsche Telekom y France Telecom".

4.- El demandante ha interpuesto recurso de casación contra esta sentencia, articulado en torno a nueve motivos.

SEGUNDO.- Enunciados y fundamentos de los motivos primero a quinto

1.- Los cinco primeros motivos del recurso se encabezan con los siguientes epígrafes: Primero.- Infracción del artículo 1281, párrafo 1º, del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta. Segundo.- Infracción del artículo 1286 del Código Civil . Tercero.- Infracción del artículo 1283 del Código Civil y de la jurisprudencia que [lo] interpreta este último. Cuarto.- Infracción del artículo 1284 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta. Quinto.- Infracción del artículo 1288 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta.

2.- La fundamentación de tales motivos se organiza alrededor de varios argumentos que se van repitiendo, utilizándolos para fundar la vulneración de los distintos preceptos relativos a la interpretación contractual que se citan como infringidos en cada uno de esos motivos.

Estos razonamientos son, en lo fundamental, y de modo resumido, que en el contrato no se dice que el garante de la emisión sea LEHMAN BROTHERS, que es absurdo que el propio emisor del producto financiero sea el garante porque supondría que se está garantizando a sí mismo con lo que no existiría garantía alguna, que del contrato resulta que el inversor no tiene acción contra el emisor por lo que no puede interpretarse que el mismo fuera el garante, que el contrato es de adhesión y la oscuridad no puede beneficiar al predisponente.

3.- La reiteración de argumentos en los distintos motivos y la denuncia como infringidos de preceptos relativos a la interpretación contractual hacen aconsejable la resolución conjunta de estos motivos del recurso.

TERCERO.-Valoración de la sala. La interpretación del contrato

1.- Mientras que la interpretación de las normas jurídicas tiene un carácter esencialmente objetivo, destinada a liberarlas de dudas y oscuridades para hallar su "ratio" general, la interpretación del contrato combina ambos aspectos. En primer lugar, el subjetivo, que busca indagar cuál ha sido la intención real de los contratantes, esto es, la voluntad común que presidió la formación y celebración del contrato. A continuación, el aspecto objetivo, dirigido a atribuir un sentido a la declaración de las partes, eliminando dudas y ambigüedades.

2.- Las reglas contenidas en los arts. 1281 a 1289 del Código Civil, aun contemplando estos dos aspectos diferentes, subjetivo y objetivo, forman un conjunto armónico entre sí. Pero están subordinadas al párrafo primero del art. 1281, que tiene rango preferencial y prioritario. Como declaró este tribunal en la sentencia núm. 214/2010, de 12 de abril, cuando la literalidad de los términos contractuales es clara la misma debe prevalecer, y lo mismo sucede aunque cupiera alguna duda cuando no se deduzca que sea otra la verdadera intención de los contratantes, una vez contemplados los actos de los mismos, u otro criterio hermenéutico, como el denominado "canon de la totalidad".

3.- En la indagación de cuál fuera la intención común de las partes, para comprobar si las palabras utilizadas en la redacción del contrato parecen contrarias a tal intención, reviste especial importancia cuáles han sido los actos anteriores y coetáneos a la formación del contrato. Asimismo, habida cuenta de la especial complejidad de la materia sobre la que versa el contrato, son importantes las cualidades de las partes, puesto que permiten precisar cuál ha sido la real intención de las mismas, íntimamente relacionada con la correcta comprensión del alcance real de las declaraciones de voluntad que emitían.

En el caso objeto del recurso, son hechos probados de los que debe partir este tribunal, que el demandante era pleno conocedor del mercado financiero, con amplia experiencia en inversiones de difícil entendimiento para el común de las personas, y fue debidamente asesorado en la inversión. Asimismo, ha de partirse de la base fáctica, no cuestionada, de que con anterioridad a la suscripción del contrato cuya interpretación es objeto del recurso, y también coetáneamente a dicha suscripción, el recurrente había concertado otros contratos financieros de gran complejidad, y por importes muy elevados (en total, seis millones de euros), obtenidos mediante financiación del banco.

4.- Otro elemento relevante es que para interpretar el contrato no pueden tomarse en consideración expresiones aisladas del mismo, descontextualizadas del conjunto, como pretende el recurrente. Como afirma la sentencia de este tribunal núm. 979/2005, de 30 de noviembre, «la intención común de las partes, de cuya indagación realmente se trata (artículo 1281 del Código Civil y Sentencia de 2 de febrero de 1975), no se puede encontrar en una cláusula aislada de las demás, sino en el todo orgánico que constituye el contrato (Sentencia de 30 de noviembre de 1964), lo que obliga a utilizar otros medios hermenéuticos, como el denominado de la totalidad expresamente reconocido en el artículo 1285 del Código Civil [...]».

El demandante, en su recurso, postula una interpretación que solo tiene en cuenta expresiones aisladas del contrato. Pero lo determinante es la toma en consideración de la totalidad del contrato, en el que junto a la previsión de garantía de devolución del 100% del capital invertido, en la que el recurrente pone el énfasis de su argumentación, consta que «el presente producto financiero es una obligación contractual del emisor para con el inversor» y establece, bajo el epígrafe «riesgos de inversión», que la inversión puede verse afectada por la solvencia del emisor, constando en el anexo del contrato que el emisor era LEHMAN BROTHERS.

5.- La interpretación del contrato efectuada por la sentencia recurrida es acertada puesto que la literalidad del contrato responde a la intención común de las partes, habida cuenta de la alta cualificación del demandante en el mundo de los negocios, su experiencia en productos financieros de extrema complejidad, la cuantía muy elevada de la inversión, y el

asesoramiento con el que reconoce contó para contratar el producto financiero que finalmente resultó ruinoso.

La intención común de las partes fue la de contratar el producto estructurado emitido por LEHMAN BROTHERS, en el que era el propio emisor quien garantizaba la devolución del 100% del capital invertido, por lo que constituía un riesgo del producto la solvencia del emisor, tal como se expresa en el texto del documento contractual.

6.- No se produce por tanto una infracción del art. 1281.1 del Código Civil porque la interpretación literal no puede referirse a expresiones aisladas del contrato, como pretende el recurrente, sino a su totalidad, cuando no existan dudas de que la literalidad del contrato responde a la intención común de las partes que, como se ha dicho, habida cuenta de las circunstancias y cualidades personales del inversor, fue la de contratar el producto financiero en los términos fijados en la instancia, esto es, sin la asunción de garantía de devolución por parte del banco, puesto que era el emisor del producto estructurado quien asumía el compromiso de que el riesgo asumido por el inversor fuera, todo lo más, la no obtención de beneficio alguno durante los años que durara la inversión pues siempre obtendría la devolución del capital invertido.

No es cierto que en el contrato se estipulara que el inversor carecía de acción contra el emisor del producto estructurado contratado, como afirma el recurrente para desvirtuar esta tesis. En el contrato se estipulaba la carencia de acción del suscriptor del producto contra el emisor del subyacente o, caso de estar el producto referenciado a un índice, frente al "sponsor" de dicho índice. Con ello se hacía referencia al carácter de derivado financiero del producto, ligado a la evolución de un producto subyacente o de un índice. No se privaba al inversor de ejercitar acciones contra el emisor del producto financiero contratado, sino contra el emisor del subyacente o el "sponsor" del índice al que iba referenciado el producto derivado contratado.

7.- Tampoco se infringe el art. 1286 del Código Civil, puesto que el contrato no establece la garantía de un tercero, al modo de una fianza, sino que la garantía es entendida como compromiso del emisor del producto de proteger al inversor frente a los vaivenes de los mercados financieros, asegurándole que, cuanto menos, recuperaría la inversión. Tal compromiso queda vinculado obviamente a la solvencia del emisor del producto, como se expresa en el contrato, con lo cual cuando este deviene insolvente, como ha sido el caso de LEHMAN BROTHERS, la obligación asumida resulta incumplida.

El término "garantía" puede tener diversos significados, y es utilizado con frecuencia en relación al compromiso que asume el vendedor de un producto o el prestador de un servicio, de responder de la calidad y utilidad del mismo en ciertas condiciones y con determinado alcance. Ese es el sentido en que se ha utilizado en el contrato objeto de controversia, por lo que la sentencia recurrida no le da un sentido que no sea conforme a la naturaleza y objeto del contrato.

8.- Tampoco se infringe el art. 1283 del Código Civil . El recurrente, al formular tal impugnación, parte de una base distinta de la fijada en la sentencia recurrida en relación a lo que los interesados se propusieron contratar.

Pero, como se ha dicho, las especiales cualidades concurrentes en el demandante y las circunstancias que anteceden y acompañan la celebración del contrato, llevan a considerar que las partes se propusieron contratar el producto estructurado con las características determinadas en la instancia, esto es, sin que el banco asumiera una obligación de garantizar la inversión.

Por tanto, no se han considerado comprendidos en el contrato cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar, y la infracción de dicho precepto legal no se ha producido.

9.- Tampoco se ha infringido el art. 1284 del Código Civil, puesto que el entendimiento de la cláusula relativa a la garantía de la inversión por parte de la Audiencia no impide su eficacia, habida cuenta que, como se ha expuesto, el sentido de la garantía no era el de la intervención de un tercero asumiendo como propia la obligación de una de las partes.

10.- Por último, no puede apreciarse infracción del art. 1288 del Código Civil. Como se ha expuesto, el resto de reglas interpretativas de los contratos juega un papel subsidiario respecto del art. 1281.1 del Código Civil. Por tal razón, habiendo hallado la Audiencia una interpretación que resulta de la literalidad del contrato, tomado como un todo y no descontextualizando expresiones aisladas, y que responde a la indagación de cuál fue la intención común de los contratantes, no entra en juego la regla del art. 1288 del Código Civil.

CUARTO.- Enunciado y fundamento del motivo sexto

1.- El sexto motivo del recurso de casación de encabeza del siguiente modo: «Infracción del artículo 6.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.».

2.- El motivo se fundamenta en que la Audiencia ha dado prevalencia a lo establecido en la condición general séptima frente a lo dispuesto en las condiciones particulares.

QUINTO.- Valoración de la sala. Inexistencia de contradicción

1.- La aplicación del art. 6.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación presupone la existencia de una contradicción entre las condiciones generales y las particulares de un contrato predispuesto, integrado por tales condiciones generales. El citado precepto soluciona tal contradicción atribuyendo preponderancia a unas sobre otras, según los casos: las condiciones particulares prevalecen sobre las generales, salvo que estas sean más beneficiosas para el adherente.

2.- En el presente caso no existe tal contradicción. El recurrente atribuye a las condiciones particulares un contenido que no es correcto, al afirmar que la garantía de la inversión prevista en estas solo podía ser asumida por el banco, por lo que entraría en contradicción con las condiciones generales, en las que se estipulaba que la garantía era prestada por el propio emisor del producto estructurado.

Siendo incorrecto el primer aserto, como se ha razonado en anteriores fundamentos, la conclusión alcanzada por el recurrente (la existencia de contradicción), en la que funda la alegación de infracción del precepto legal, es errónea.

SEXTO.- Enunciado y fundamento del séptimo motivo

1.- El motivo séptimo del recurso tiene el siguiente epígrafe: «Infracción de lo dispuesto en el artículo 1827 del Código Civil.».

2.- El fundamento del motivo es, resumidamente, que en el contrato solo aparece la fianza asumida por el banco por lo que la sentencia recurrida infringe ese precepto al decir que hay fianza de LEHMAN BROTHERS.

SÉPTIMO.- Valoración de la sala. Inconsistencia del motivo

El motivo parte de atribuir a la garantía de devolución del 100% del capital invertido un alcance incorrecto, el de constituir una fianza prestada por un tercero, y de considerar que es el banco quien asumió dicha obligación de afianzar la devolución del capital.

Al partir de estas bases incorrectas, la infracción legal denunciada carece de consistencia, por lo que debe ser desestimada.

OCTAVO.- Enunciado y fundamento de los motivos octavo y noveno

1.- Los motivos octavo y noveno del recurso se encabezan con los siguientes epígrafes: «Octavo.- Infracción del artículo 78 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Noveno.- Infracción del artículo 64 del RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de empresas de servicios de inversión.»

2.- Los motivos se fundamentan, resumidamente, en que el demandante no ostenta la condición de experto que le atribuye la sentencia recurrida pues no cumple los requisitos exigidos en tales normas, y que la experiencia o cualificación inversora no es una cuestión que pueda presumirse, sino que se da dependiendo de que se cumplan los requisitos legales contenidos en tales normas, que el demandante no cumple.

NOVENO.- Valoración de la sala. Inconsistencia de los motivos

1.- Los motivos se han formulado incorrectamente, puesto que se invocan normas que la sentencia no ha aplicado ni debía aplicar.

Además, el segundo motivo se basa en una norma reglamentaria, inadecuada como tal para fundar un recurso de casación, e inaplicable al supuesto de autos puesto que entró en vigor con posterioridad a la contratación de la póliza de crédito y del producto estructurado.

2.- La parte actora, hoy recurrente, ha centrado su pretensión, en lo esencial, en la interpretación del contrato. Habida cuenta de la importancia que para interpretar correctamente un contrato tiene el elemento subjetivo, referido a la intención común de las partes, es fundamental tomar en consideración las cualidades personales del contratante (en este caso, vicepresidente del consejo de administración de una importante empresa) y su conducta anterior y coetánea (experiencia en negocios financieros complejos, cuantía muy elevada de las inversiones realizadas y asesoramiento adecuado en la celebración del negocio).

Para ello no es preciso aplicar las normas invocadas, por lo que no se han infringido.

La experiencia y cualificación inversora del demandante no es presumida por la Audiencia, sino que es considerada probada con base en los datos concurrentes.

Lo expuesto lleva a la desestimación del recurso.

DÉCIMO.- 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 de casación deben ser impuestas a la recurrente. También procede acordar la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15^a, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

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

FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto el Procurador D. Francisco Javier Vázquez Hernández, en nombre y representación de D. Bernardo contra la Sentencia núm. 637/2011,

de 19 de diciembre, dictada por la sección novena de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 478/2010.

2.- Imponer al expresado recurrente las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.

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 **Antonio Salas Carceller, Ignacio Sancho Gargallo, Rafael Saraza Jimena. FIRMADA Y RUBRICADA.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza 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.