

**Roj: SAP BU 1119/2012**  
**Órgano: Audiencia Provincial**  
**Sede: Burgos**  
**Sección: 2**  
**Nº de Recurso: 307/2012**  
**Nº de Resolución: 419/2012**  
**Ponente: MAURICIO MUÑOZ FERNANDEZ**  
**Tipo de Resolución: Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2**

**BURGOS**

**SENTENCIA: 00419/2012**

**SENTENCIA Nº 419**

**TRIBUNAL QUE LO DICTA:**

SECCION SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS

**ILMOS/AS. SRES/AS:**

**PRESIDENTE:**

DON JUAN MIGUEL CARRERAS MARAÑA

**MAGISTRADOS/AS:**

DOÑA ARABELA GARCIA ESPINA

DON MAURICIO MUÑOZ FERNANDEZ

**SIENDO PONENTE :** DON MAURICIO MUÑOZ FERNANDEZ

**SOBRE :** RECLAMACIÓN DE CANTIDAD

**LUGAR :** BURGOS

**FECHA :** DIECISEIS DE NOVIEMBRE DE DOS MIL DOCE

*En el Rollo de Apelación número 307 de 2.012 dimanante de Juicio Ordinario nº 289/2011, sobre reclamación de cantidad , del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Burgos, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 18 de Mayo de 2012, siendo parte, como demandante-apelante, DON Jose Ignacio , representado, ante este Tribunal, por la Procuradora D.ª Paula Gil-Peralta Antolín y defendido por el Letrado D. Pedro Corvo Román; y como demandada-apelada impugnante, BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., representada, ante este Tribunal, por el Procurador D. Eugenio Echevarrieta Herrera, y defendida por el Letrado D. Julián Avilés García.*

**ANTECEDENTES DE HECHO**

*PRIMERO: Se aceptan, sustancialmente, los antecedentes de hecho de la sentencia apelada, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: " Estimar parcialmente la demanda formulada por la representación procesal de DON Jose Ignacio contra "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARÍA,SA" y, en su consecuencia, condenar a la mercantil demandada a abonar al actor en concepto de indemnización de daños y perjuicios, por las razones expuestas en el cuerpo de esta resolución, la cantidad de 23.032,07 euros de principal, con más el interés legal incrementado en dos puntos devengado por dicha suma desde la fecha de esta sentencia hasta la de su completo pago; todo ello sin expresa imposición de las costas del juicio ".*

*SEGUNDO: Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de D. Jose Ignacio se interpuso contra la misma recurso de apelación, impugnándose, posteriormente, el mismo por la representación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. el cual fue tramitado con arreglo a Derecho.*

*TERCERO: En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, habiendo sido deliberada y votada la causa por esta Sala en fecha 13 de Noviembre de 2012.*

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

*PRIMERO.- Ambas partes en el proceso formulan recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 18-5-2012 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Burgos por la que se estimaron parcialmente (23.032,07€ más interés legal incrementado en 2 puntos desde la fecha de la sentencia) las pretensiones indemnizatorias actoras por los perjuicios sufridos en desarrollo del contrato de gestión discrecional e individualizada de cartera de inversión suscrito entre las partes de fecha 21-7-2004. La parte demandada pretende la total desestimación de la Demanda y la actora el incremento de la indemnización concedida.*

*Por razones sistemáticas analizaremos en primer lugar el recurso de la parte demandada.*

#### **RECURSO de BBVA SA**

*La representación legal de la parte demandada interesa la total desestimación de la Demanda invocando, en síntesis, la ausencia de incumplimiento por el Banco de sus obligaciones contractuales, no habiendo existido ninguna orden de venta de valores y que lo gestionado se acomodó al contrato.*

*Afirma en síntesis, que:*

*- La guía informativa de CNMV establece que las ordenes de valores para que pueda ser tramitada y ejecutada debe ser clara y precisa de forma que ordenante y receptor conozcan con exactitud su alcance.*

*- El correo electrónico del 15-11-2007 y las comunicaciones cruzadas (doc 5 a 8 de la contestación) evidencian a su juicio que se supedita la decisión final de compra o venta al criterio de su gestora a la que traslada su confianza para la toma final de decisiones.*

*- La demandada era quien asumía las decisiones de vender o comprar valores según su leal saber y entender.*

*- La rentabilidad media en el periodo 2002 a 2011 ha sido positiva en un 3,60% (doc. 19 contestación) que es notablemente superior a las medias anuales ponderadas de los fondos de inversión a 10 años salvo en renta variable internacional de mercados emergentes (doc. 20 contestación).*

**SEGUNDO.-** Entrando en el análisis de este recurso debe anticiparse que se estiman plenamente acertados los razonamientos expuestos en la sentencia apelada.

En esa resolución:

- Se señala la existencia entre las partes de un contrato de gestión discrecional e individualizada de cartera de inversión, asumiendo la demandada las decisiones de vender y comprar valores y sin perjuicio de órdenes concretas del cliente.

- Se afirma que el actor que tenía asignado un perfil de inversor arriesgado en noviembre de 2007, quien era titular de una cartera de valores por un valor de 1.060.481€ de los cuales cerca de un 78% estaba invertido en valores de renta variable por cuya gestión de cartera pagaba una comisión trimestral a la parte demandada.

- Se considera que la responsabilidad por incumplimiento de contrato surge del incumplimiento de la diligencia exigible a un profesional o cuando incumple las órdenes o instrucciones del cliente en orden a operaciones o inversiones concretas, hecho que viene a considerarse acreditado por no atenderse la instrucción de venta de valores de renta variable dada en noviembre de 2007 y que la demandada no atendió lo que ocasionó importantes pérdidas tras las bajadas bursátiles sufridas en 2008.

El contrato existente entre las partes confiere funciones de asesoramiento y gestión individual de la cartera con amplias facultades para la gestora para realizar operaciones. Ahora bien la propia información facilitada por BBVA a los clientes aconsejaba en su publicación de septiembre de 2007 prudencia en la renta variable y la instrucción de venta del cliente es patente en su correo de 15 de noviembre en el que expresa que le gustaría vender un buen porcentaje de la cartera, que fue reiterada el 19 de noviembre para vender y reducir posiciones para lo que resta de mes.

La instrucción de venta además fue aceptada por la gestora en su e-mail de 19 de noviembre en la que indica "De acuerdo José Ignacio, haré caja en algunas acciones salvando sin duda las posiciones de BBVA y Santander..."

El 22 de noviembre el actor solicita confirmación de las ventas, siendo contestado en el sentido siguiente: "Por ahora solo he vendido Cintra y Prosegur esperando a un rebote para vender más. Según vaya vendiendo te informo".

Esas ventas no alcanzaban el 2% de la cartera de valores y en vez de producirse más ventas se compraron otras el 23 de noviembre con pérdidas y otras el 29 de noviembre siguiendo en este caso expresas instrucciones del cliente. El perito judicial indicó además que hubo mejora de las cotizaciones del mercado en diciembre pudiendo haberse vendido entonces.

El 16 de enero el actor indicaba que no sabe si han quitado posiciones de renta variable en los últimos días y el 21 de enero se producen fuertes caídas en las bolsas.

Del contenido de todos los e-mails remitidos por el actor aunque éste consulta con la demandada en razón al contrato de asesoramiento existente entre las partes, es evidente que el actor efectuó una instrucción a la demandada para reducir sus posiciones en la renta variable, instrucción que a la vista de las operaciones realizadas no fue seguida por la gestora pese a indicar su inicial aceptación. De este modo el cliente recibió información de aceptación de su instrucción (aunque no fuese concreta

y precisa en porcentaje) y sin embargo aquella no fue observada salvo en una escasa cuantía y durante un periodo de tiempo (unos 2 meses) en el que aquella instrucción venía a ser reiterada.

El hecho de que el cliente no indicase que valores concretos debían venderse no excluía la obligación del demandado de atender la indicación general de venta realizada por el cliente y la falta de concreción por éste de un porcentaje no impedía ni pedir detalle sobre ello y en todo caso es evidente que se incumplió a la vista del escaso volumen de venta realizado.

Es cierto que las órdenes de venta han de ser claras y precisas pero en el presente caso la consideración del incumplimiento contractual por la gestora se aprecia (en el marco del contrato de asesoramiento de gestión) especialmente por el transcurso de todo ese periodo (mediados de noviembre a mediados de enero) con apenas realización por la gestora de operaciones de venta pese a las indicaciones reiteradas de venta realizadas por el cliente y cuando había surgido un cierto repunte en las cotizaciones en el mes de diciembre al que por propia decisión se supeditó por la gestora las ventas. Por ello y acogiendo la fundamentación jurídica expresada en la sentencia apelada se aprecia cierto incumplimiento contractual por la parte demandada que determina el rechazo de sus pretensión de desestimación de la Demanda.

**TERCERO.-** Costas.- Ante la desestimación del recurso y en aplicación del *artículo 398.1 LEC* se hace expresa imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

#### **RECURSO de José Ignacio (parte actora)**

**CUARTO** .-La representación legal del actor tras señalar la existencia de diversas posibilidades para fijar la indemnización, lo que solicita finalmente en su recurso es que se condene a la parte demandada como indemnización de daños y perjuicios en el importe fijado en el informe del perito judicial (64.013,13€) más intereses legales desde su reclamación extrajudicial en acto de conciliación o subsidiariamente desde la interposición de la Demanda.

Reitera en su recurso los incumplimientos que estima fueron realizados por la parte demandada y en definitiva discrepa del importe indemnizatorio fijado en la sentencia apelada que considera muy inferior al que procede conforme a lo señalado en el informe del perito judicial y que la sentencia apelada reduce con base en las declaraciones de las empleadas del banco (declaraciones que la apelante considera subjetivas y parciales por su interés directo), estimando que el porcentaje de valor de renta variable a reducir debía quedar en el 60% del total de la cartera, manteniendo acciones del BBVA y Santander.

Invoca en síntesis como motivo del recurso el de error en la valoración de la prueba negando que un perfil arriesgado del actor como inversor implique que el porcentaje de renta variable de un cliente no pueda ser inferior al 60% del total de la cartera, habiendo reconocido el perito judicial:

- que en momentos concretos puede decidir vender toda la renta variable de su cartera para luego volver a entrar.

- que entendía que la indicación de Sr. José Ignacio de vender un buen porcentaje de su cartera equivalía a la venta del 50% de la renta variable de su cartera que cuantificaba en 60.349,47€. Señala que durante casi 2 años (enero 2009-34,63% a noviembre de 2010- el porcentaje de renta variable ha sido inferior al 50%.

Respecto de los intereses reclama intereses moratorios de los *artículos 1101y 1108 CC* desde su reclamación extrajudicial o desde la demanda y no solo lo moratorios procesales concedidos

**QUINTO-** La sentencia apelada la hora de cuantificar la indemnización de perjuicios no acogió la valoración ofrecida en el informe pericial acompañado al escrito de demanda sino que partiendo de las diferentes opciones señaladas por el perito judicial consideró que aquel debía corresponder al equivalente al producido por un incumplimiento de la indicación de venta de hasta el 60% de la cartera de variable, manteniendo las acciones BBVA y Santander.

Es cierto que el perito judicial señaló que la indicación de vender un buen porcentaje de la cartera el consideraba que debía ser entre un 25 y un 50% de la cartera de variable (si no hubiera debido precisar la mayoría-más de un 50%). Ahora bien nos encontramos con que la indicación no fue muy precisa y por tanto sujeta a diferentes interpretaciones. Por otra parte la fijación del importe indemnizable se realiza judicialmente por ponderación y atendiendo también al criterio expresado por las empleadas del banco de que la posición de cliente arriesgado es manteniendo un 60% de la cartera de variable y que en fechas anteriores aquel había mantenido siempre una posición en renta variable que superaba ese porcentaje.

La posibilidad de vender la totalidad de la cartera de valores variables es posible en cualquier tipo de inversor que en un momento determinado decide salir del mercado y luego volver a entrar cuando lo estime oportuno. Ahora bien a la vista de las circunstancias consideradas en el presente caso en el que el cliente solía someterse al asesoramiento y decisiones del Banco en cuanto al mantenimiento y gestión de la cartera, en el que las empleadas del Banco señalaron ese porcentaje para el perfil de cliente del actor, hecho que se corrobora indiciariamente al haberse superado hasta entonces ese porcentaje y teniendo también en cuenta el hecho de que la indicación de venta del cliente no fue concreta en un porcentaje o valor y aunque reiterada no fue matizada en los posteriores mensajes realizados, se estima adecuado ponderar y moderar la indemnización a conceder como perjuicio, estimando que la cuantía que ha sido fijado en la sentencia apelada es plenamente adecuada al presente caso y circunstancias.

Respecto a la petición de intereses y teniendo en cuenta que la indemnización solicitada y concedida lo ha sido por estimación al haber precisado ponderación judicial (la cuantía a fijar no venía predeterminada en función de una obligación concreta y determinada), cabe considerar que la cuantía de la indemnización era ilíquida y por tanto no devenga el interés moratorio reclamado por la parte apelante considerando acertado el pronunciamiento efectuado en la Sentencia de primera instancia.

Por todo ello con desestimación del recurso procede confirmar la resolución recurrida.

**SEXTO.-** Costas.-Ante la desestimación del recurso y en aplicación del *artículo 398.1 LECse* hace expresa imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

## **FALLO**

Desestimando los recursos de apelación interpuestos por las representaciones legales de BBVA SA y de Jose Ignacio contra la *sentencia dictada en fecha 18-5-2012 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Burgos*, acordamos su íntegra confirmación, haciendo expresa imposición de costas en cada recurso a la parte apelante.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de apelación, notificándose a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente D. MAURICIO MUÑOZ FERNANDEZ estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de su fecha, de lo que yo el Secretario, doy fe.

*RDMF*