

Roj: STS 3016/2013
Órgano: Tribunal Supremo, Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Pleno
Nº de Recurso: 2353/2011
Nº de Resolución: 243/2013
Procedimiento: CIVIL
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Presidente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos

SENTENCIA

Sentencia Nº: 243/2013

Fecha Sentencia : 18/04/2013

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso Nº : 2353/2011

Fallo/Acuervo: Sentencia Desestimando

Votación y Fallo: 20/03/2013

Ponente Excmo. Sr. D. : José Ramón Ferrándiz Gabriel

Procedencia: Audiencia Provincial de San Sebastián, Sección Tercera

Secretaría de Sala : Ilmo. Sr. D. José María Ramallo Seisdedos

Escrito por : PBM

SERVICIOS DE INVERSIÓN. Productos estructurados. Adquisición de bonos suscritos por Lehman Brothers, un año antes de la declaración de quiebra de la misma. Deberes de la sociedad de servicios de inversión.

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 2353/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Ferrándiz Gabriel

Votación y Fallo: 20/03/2013

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Ramallo Seisdedos

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

SENTENCIA Nº: 243/2013

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, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, ha visto los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por don Efrain , don Gumersindo , la Fundación Mamoré, Rofsol, SL, Shibumi Inversiones, SL, doña Carmela , doña Guillerma , don Nicolas , doña Rafaela , doña María Purificación , don Victoriano , doña Catalina y doña Gregoria , representados por la Procurador de los Tribunales doña María Guadalupe Amunárriz Águeda, contra la sentencia dictada el veintisiete de julio de dos mil once, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa , que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la que había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia número Siete de San Sebastián. Ante esta Sala compareció la Procurador de los Tribunales doña María del Valle Gili Ruiz, en representación de don Efrain , don Gumersindo , la Fundación de Ayuda al tercer mundo Mamoré, Rofsol, SL, Shibumi Inversiones, SL, doña Carmela , doña Guillerma , don Nicolas , doña Rafaela , doña María Purificación , don Victoriano , doña Catalina y doña Gregoria , en concepto de parte recurrente. Son partes recurridas Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián-Guipúzcoa eta Donostiako Aurrezki Kutxa, representadas por la Procurador de los Tribunales doña Ana Prieto Lara-Barahona.

ANTECEDENTES DE HECHO

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

PRIMERO. Por escrito registrado, por el Juzgado Decano de San Sebastián, el dieciséis de diciembre de dos mil nueve, la Procurador de los Tribunales doña María Guadalupe Amunarriz Agueda, obrando en representación de don Efrain , don Gumersindo , Fundación de Ayuda al Tercer Mundo Mamoré, Rofsol, SL, Shibumi Inversiones, SL, doña Carmela , doña Guillerma , don Nicolas , doña Rafaela , doña María Purificación , don Victoriano , doña Catalina y doña Gregoria , interpuso demanda de juicio ordinario, contra Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián.

En la referida demanda, la representación procesal de los demandantes alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que éstos eran inversores minoristas, con distintas profesiones y edades y que las demandadas eran una entidad de crédito, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián, y una sociedad gestora de carteras, Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA. Que entre ambas entidades mediaba un acuerdo por el que ésta recibía comisiones de aquella, por la captación de clientes y por el direccionamiento de sus patrimonios.

Añadió que las relaciones entre demandantes y demandadas se llevaban a cabo por medio de don Gumersindo y de un gestor de Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA, de modo que aquel daba verbalmente las órdenes y ésta las remitía a Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián, que las formalizaba y ejecutaba, encargándose, además, de la custodia y administración de los valores adquiridos de ese modo, a nombre de los mandantes.

Precisó que el litigio tuvo su origen en el diseño por Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián de un producto financiero, del tipo de los " *estructurados de capital garantizado* ", en el que el emisor resultó ser Lehman Brothers Treasury, CO. BV. Que, en relación con dicho estructurado, Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA, sin darles información suficiente, les aconsejó e instó a que lo adquirieran, de modo que, ejecutadas las órdenes de compra por Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián, la misma entidad recibió los productos en depósito para su custodia y administración. Precisó la representación procesal de los demandantes que fueron dos las operaciones ejecutadas, una el dos de febrero de dos mil siete y otra el veintiuno de agosto del mismo año.

Añadió que, el quince de septiembre de dos mil ocho, se declaró la quiebra de Lehman Brothers Treasury, CO. BV, con la consiguiente repercusión de la misma sobre los bonos adquiridos, respecto de los que las informaciones de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián fueron confusas, pues en unos casos decía que su valor era cero, en otros que era desconocido y, en ocasiones, que era de veinticuatro mil quinientos euros.

Alegó, igualmente, que, ante las reclamaciones formuladas a las demandadas, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián, de nuevo por medio de Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA, ofertó, sólo a determinados inversores, sustituir los bonos adquiridos por otros suscritos por ella, con ciertos descuentos y límites. Que Shibumi, doña Carmela , doña Guillerma , don Nicolas , doña Rafaela , doña María Purificación , don Victoriano , doña Catalina y doña Gregoria , aceptaron la oferta, con lo que quedó perfeccionado el contrato de canje, cuyo cumplimiento por medio de la demanda exigía.

Afirmó la representación procesal de los demandantes que Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA estaba obligada a asesorarles en la inversión y que incumplió sus deberes de diligencia e información, ya que, en concreto, no les indicó quien era el emisor de los bonos, además

de que la referencia al funcionamiento del producto fue muy sucinta e incompleta. También alegó que Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián incumplió los deberes de diligencia como administrador de una cartera y ejecutante de las órdenes, causándoles los daños en medida equivalente a la total inversión realizada. Que, no obstante, respecto de los demandantes que aceptaron la oferta de canje de bonos, antes referida, con carácter principal pretendía el cumplimiento del contrato perfeccionado.

Calificó el contrato que unía a los demandantes con Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA como de asesoramiento - artículo 63.1.g) de la Ley 24/1988, de 28 de julio -, y el que les unía a Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián como de comisión - artículo 63.1.b) de la misma Ley -, con prestación de los servicios auxiliares previstos en el apartado 2 del mismo artículo.

En el suplico del escrito de demanda, la representación procesal de don Efrain , don Gumersindo , Fundación de Ayuda al Tercer Mundo Mamoré, Rofsol, SL, Shibumi Inversiones, SL, doña Carmela , doña Guillerma , don Nicolas , doña Rafaela , doña María Purificación , don Victoriano , doña Catalina y doña Gregoria , interesó del Juzgado de Primera Instancia competente, una sentencia que " a) *Declare que Kutxa Gestión Privada ha incumplido sus obligaciones y deberes de diligencia e información en el desarrollo de su actividad de asesoramiento, así como la de advertir y gestionar correctamente el conflicto de interés.* b) *Declare que Kutxa ha incumplido sus obligaciones de información como comisionista en la adquisición de los valores y en la custodia y administración de los mismos.* c) *Condene a ambas entidades, con carácter solidario, a resarcir los daños y perjuicios irrogados a mis mandantes don Efrain , don Gumersindo , la sociedad Rofsol y la fundación Mamoré, satisfaciéndoles las siguientes sumas: a don Efrain , cuatrocientos noventa mil euros (490 000 #), a don Gumersindo , doscientos mil euros (200 000 #), a la fundación Mamoré, un millón de euros (1 000 000 #), a la sociedad Rofsol, un millón de euros (1 000 000 #), más el pago de los intereses legales de dichas sumas desde la presentación de la demanda.* d) *En relación con los demandantes la sociedad Shibumi, doña Carmela , doña Guillerma , don Nicolas , doña Rafaela , doña María Purificación , don Victoriano , doña Catalina y doña Gregoria (como subrogados <mortis causa> en la posición de don Luis Francisco) , se condene a Kutxa y Kutxa Gestión Privada a cumplir con su obligación contractual de proceder a la entrega a dichos demandantes de los bonos Kutxa (depósito Kutxa) adquiridos por estos a cambio de los bonos **Lehman** Brothers.* e) *Subsidiariamente, y en relación con los mismos demandantes referenciados en el apartado anterior, la sociedad Shibumi, doña Carmela , doña Guillerma , don Nicolas , doña Rafaela , doña María Purificación , don Victoriano , doña Catalina y doña Gregoria (como subrogados <mortis causa> en la posición de don Luis Francisco) y para el improbable caso de que el Tribunal entendiera que no se ha perfeccionado por el concurso de la oferta y la aceptación el contrato de adquisición de los bonos Kutxa (depósito Kutxa) a cambio de los bonos Lehman Brothers, que Kutxa y Kutxa Gestión Privada procedan a indemnizar solidariamente a los referidos demandantes, por los daños y perjuicios que les han irrogado, en las siguientes cantidades: a la sociedad Shibumi, en doscientos mil euros (200 000 #), a doña Carmela , en treinta mil euros (30 000 #), a doña Guillerma , en cuarenta mil euros (40 000 #), a don Nicolas , en veinte mil euros (20 000 #), a doña Rafaela , en veinte mil euros (20 000 #), a doña María Purificación , en diez mil euros (10 000 #) y a don Victoriano , doña Catalina y doña Gregoria , en treinta mil euros (30 000 #), más el pago de los intereses legales de dichas sumas desde la presentación de la demanda.* f) *Y todo ello, con expresa condena en costas de las entidades demandada Kutxa y Kutxa Gestión Privada "*.

SEGUNDO. La demanda fue turnada al Juzgado de Primera Instancia número Siete de San Sebastián, que la admitió a trámite, por auto de diecinueve de enero de dos mil diez, conforme a las reglas del juicio ordinario, con el número 1450/2009.

Las demandadas, Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián, fueron emplazadas y se personaron en las actuaciones representadas por el Procurador de los Tribunales don Santiago Tamés Alonso, el cual contestó la demanda en ejercicio de esa representación.

En el escrito de contestación, la representación procesal de Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que los hermanos señores Gumersindo Efrain eran tres experimentados empresarios, dedicados a la construcción, la promoción inmobiliaria y a actividades conexas, por medio de varias sociedades, cuya matriz era una denominada Proinsa Desarrollo Siglo XXI, SL, de la que dependían ciento treinta y cinco, con un balance consolidado que arrojaba, el treinta de diciembre de dos mil ocho la considerable suma de quinientos dieciséis millones trescientos noventa y ocho mil cuatrocientos setenta y tres euros.

Añadió que los demandantes realizaban el grueso de su actividad inversora con Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA, por medio de una sociedad de inversión de capital variable, cuya cartera estuvo formada por productos financieros muy diversos. Que en representación de la misma actuaba don Gumersindo, el cual era, junto con su cónyuge, parte de un contrato de gestión discrecional de carteras con Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA, con un patrimonio inicial de más de dos millones de euros y con un perfil general " *muy arriesgado* ". Que, en resumen, los demandantes y, en especial, don Gumersindo, eran unos expertos inversores, con amplios conocimientos en materia de servicios y productos de inversión.

Alegó también, en relación con los hechos relatados en la demanda, que lo cierto fue que don Gumersindo llamó a Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA para informarse sobre si la misma podría ofrecerle, y en qué condiciones, un producto estructurado, referenciado a las acciones de Banco Santander y Banco Popular, en términos que evidenciaban que conocía perfectamente el funcionamiento, características y riesgos del producto. Que Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA le contestó informándole del producto que podrían ofrecer y sus características, según las indicaciones del propio señor Gumersindo, esto es, unos bonos estructurados de riesgo, cuyo emisor sería una entidad de crédito calificada con la A+ o superior, con un plazo de vencimiento de siete años, con posibilidad de cancelación anticipada y un valor nominal del bono de diez mil euros (10 000 #), con una rentabilidad dependiente de la evolución de los dos bancos. Añadió que el emisor de los bonos fue Lehman Brothers Treasury, así como que las órdenes de compra se ejecutaron el dos de febrero de dos mil siete, por Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián, sin que Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA cobrara comisión. Que el tres de agosto de dos mil siete don Gumersindo se interesó por la adquisición de otro producto igual referenciado ahora a las acciones de Banco Santander, Telefónica Iberdrola, siendo ejecutadas las órdenes por Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián, el siete de agosto de dos mil siete.

Añadió que los demandantes fueron informados de la evolución de los productos después de la adquisición.

En el suplico del escrito de contestación, la representación procesal de Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián interesó del Juzgado de Primera Instancia número Siete de San Sebastián una sentencia por la que *"se desestimen íntegramente las pretensiones de los demandantes, condenándoles al pago de las costas causadas"*.

TERCERO. Celebrados los actos de audiencia previa y del juicio, practicada la prueba que, propuesta, había sido admitida, el Juzgado de Primera Instancia número Siete de San Sebastián dictó sentencia, con fecha quince de octubre de dos mil diez , con la siguiente parte dispositiva: *" Fallo. Que, estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora señora Amunarriz en representación de don Efrain y otros, frente a Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián (Kutxa) y Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SAU, debo absolver y absuelvo a Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián (Kutxa) y a Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SAU, de las pretensiones dirigidas frente a ellas por los demandantes don Efrain , don Gumersindo , Rofsol, SL y fundación Mamoré. Debo condenar y condeno a la demandada Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián (Kutxa) a entregar a los demandantes Shibumi, SL, doña Carmela , doña Guillerma , don Nicolas , doña Rafaela , doña María Purificación , don Victoriano , doña Catalina y doña Gregoria , los bonos de Kutxa (depósito Kutxa) adquiridos por éstos, a cambio de los bonos Lehman Brothers, y debo absolver y absuelvo a la demandada Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SAU de las pretensiones formuladas frente a ésta por los demandantes Shibumi, SL, doña Carmela , doña Guillerma , don Nicolas , doña Rafaela , doña María Purificación , don Victoriano , doña Catalina y doña Gregoria . Se imponen a los demandantes don Efrain y don Gumersindo , Rofsol, SL y fundación Mamoré las costas derivadas de su pretensión y en cuanto a las costas derivadas de las pretensiones formuladas por los demandantes Shibumi, SL, doña Carmela , doña Guillerma , don Nicolas , doña Rafaela , doña María Purificación , don Victoriano , doña Catalina y doña Gregoria , cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad "*.

CUARTO. La representación procesal de Efrain , don Gumersindo , fundación de ayuda al Tercer Mundo Mamoré, Rofsol, SL, Shibumi Inversiones, SL, doña Carmela , doña Guillerma , don Nicolas , doña Rafaela , doña María Purificación , don Victoriano , doña Catalina y doña Gregoria , recurrieron en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número Siete de San Sebastián, de quince de octubre de dos mil diez .

Cumplidos los trámites, las actuaciones se elevaron a la Audiencia Provincial de San Sebastián, en que la que se turnaron a la Sección Tercera de la misma, que tramitó el recurso, con el número 3026/2011, y dictó sentencia, con fecha veintisiete de julio de dos mil trece y la siguiente parte dispositiva: *"Fallamos. Que desestimando el recurso de apelación formulada por Efrain , don Gumersindo , fundación de ayuda al Tercer Mundo Mamoré, Rofsol, SL, Shibumi Inversiones, SL, doña Carmela , doña Guillerma , don Nicolas , doña Rafaela , doña María Purificación , don Victoriano , doña Catalina y doña Gregoria , frente a la sentencia dictada en fecha quince de octubre de dos mil diez por el Juzgado de Primera Instancia número Siete de Donostia-San Sebastián , debemos confirmar y confirmamos dicha resolución en su integridad, condenando a los recurrentes al abono de las costas causadas en esta alzada"*.

QUINTO. La representación procesal de don Efrain , don Gumersindo , fundación de ayuda al Tercer Mundo Mamoré, Rofsol, SL, Shibumi Inversiones, SL, doña Carmela , doña Guillerma , don Nicolas , doña Rafaela , doña María Purificación , don Victoriano , doña Catalina y doña Gregoria , preparó

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, contra la sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de veintisiete de julio de dos mil once .

Las actuaciones se elevaron a la Sala Primera del Tribunal Supremo, que, por auto de veintiséis de junio de dos mil doce , decidió: " *Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de don Gumersindo y otros, contra la sentencia dictada, con fecha veintisiete de julio de dos mil once, por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección Tercera), en el rollo de apelación número 3026/2011 , dimanante de los autos de juicio ordinario número 1450/2009 del Juzgado de Primera Instancia número Siete de San Sebastián* ".

SEXTO. El recurso extraordinario por infracción procesal, interpuesto por la representación procesal de don Efraín , don Gumersindo , fundación de ayuda al Tercer Mundo Mamoré, Rofsol, SL, Shibumi Inversiones, SL, doña Carmela , doña Guillerma , don Nicolas , doña Rafaela , doña María Purificación don Victoriano , doña Catalina y doña Gregoria , contra la sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de veintisiete de julio de dos mil once , se compone de trece motivos, en los que los recurrentes denuncian:

PRIMERO . Con apoyo en el artículo 469, apartado 1, ordinal cuarto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción del artículo 24 de la Constitución Española .

SEGUNDO . Con apoyo en el artículo 469, apartado 1, ordinal cuarto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción del artículo 24 de la Constitución Española .

TERCERO . Con apoyo en el artículo 469, apartado 1, ordinal cuarto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción del artículo 24 de la Constitución Española .

CUARTO . Con apoyo en el artículo 469, apartado 1, ordinal segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción del artículo 217, apartados 1 , 2 , 3 y 7, de la misma Ley .

QUINTO . Con apoyo en el artículo 469, apartado 1, ordinal cuarto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción del artículo 24 de la Constitución Española .

SEXTO . Con apoyo en el artículo 469, apartado 1, ordinal cuarto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción del artículo 24 de la Constitución Española .

SÉPTIMO . Con apoyo en el artículo 469, apartado 1, ordinal cuarto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción del artículo 24 de la Constitución Española .

OCTAVO . Con apoyo en el artículo 469, apartado 1, ordinal cuarto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción del artículo 24 de la Constitución Española .

NOVENO . Con apoyo en el artículo 469, apartado 1, ordinal cuarto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción del artículo 24 de la Constitución Española .

DÉCIMO . Con apoyo en el artículo 469, apartado 1, ordinal cuarto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción del artículo 24 de la Constitución Española .

UNDECIMO . Con apoyo en el artículo 469, apartado 1, ordinal segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción del artículo 217, apartado 1 , 3 y 7, de la misma Ley .

DUODECIMO . Con apoyo en el artículo 469, apartado 1, ordinal cuarto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción del artículo 24 de la Constitución Española .

DECIMOTERCERO . Con apoyo en el artículo 469, apartado 1, ordinal segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción del artículo 394, apartado 1, de la misma Ley .

SÉPTIMO. El recurso de casación interpuesto, por la representación procesal de don Efrain , don Gumersindo , fundación de ayuda al tercer mundo Mamoré, Rofsol, SL, Shibumi Inversiones, SL, doña Carmela , doña Guillerma , don Nicolas , doña Rafaela , doña María Purificación , don Victoriano , doña Catalina y doña Gregoria , contra la sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de veintisiete de julio de dos mil once , se compone de seis motivos, en los que los recurrentes, con apoyo en la norma del ordinal segundo del apartado 2 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , denuncian:

PRIMERO . La infracción de los artículos 63, apartado 1, letra g), de la Ley 24/1988, de 28 de julio , del mercado de valores, en relación con las disposiciones reglamentarias que los desarrollan, en concreto, el artículo 5, apartado 1, letra g), del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , y los artículos 1091 , 1254 , 1258 , 1544 y 1709 y siguientes del Código Civil y 244 del Código de Comercio .

SEGUNDO . La infracción de los artículos 78 y 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio , en su redacción anterior a la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, y de los artículos 79 y 79 bis de la misma Ley , en la redacción que le dio la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, en relación con las disposiciones reglamentarias que los desarrollan (el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, en especial, los artículos 2 y 3, así como el artículo 5, apartados 1 , 3 y 5 , del código de conducta que contiene su anexo, la Orden de 25 de octubre de 1995, y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, en especial, los artículos 5, apartado 1, letra g) y 33, y con los artículos 1101 , 1104 , 1258 , 1544 , 1709 , 1718 , 1719 , 1720 y 1726 del Código Civil .

TERCERO . La infracción del artículo 78 bis de la Ley del mercado de valores, en relación con las disposiciones reglamentarias que lo desarrollan (el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , en particular, sus artículos 58 a 70 y concordantes) y con los artículos 79 y 79 bis de la Ley del mercado de valores y con los artículos 1544 y siguientes, 1709 y siguientes del Código Civil y 244 del Código de Comercio .

CUARTO . La infracción de los artículos 79 y 79 bis de la Ley del mercado de valores, en relación con las disposiciones reglamentarias que los desarrollan (el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo , en especial, los artículos 2 , 3 y 16 y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , en especial, los artículos 58 a 70 y concordantes) y con los artículos 63, apartado 1, letra b), y 63, apartado 2, letra a), de la Ley del mercado de valores, 244 a 280 del Código de Comercio , 1544 y siguientes, 1709 y siguientes, y 1101 del Código Civil .

QUINTO. La infracción de los artículos 79, apartado 1, letra h), de la Ley de mercado de valores (anterior a la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre) y 70 quáter de la vigente, en relación con las disposiciones reglamentarias que los desarrollan (el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, en especial sus artículos 3, apartado 1, letra f), y los artículos 1, apartado 7, 3, apartado 4 , y 6 del código de conducta que contiene, como anexo, y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, en particular, sus artículos 44 a 47 .

SEXTO . La infracción de los artículos 1091 y 1101 del Código Civil .

OCTAVO. Evacuado el traslado conferido al respecto, la Procurador de los Tribunales doña Ana Prieto Lara-Barahona, en nombre y representación de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián-Guipúzcoa eta Donostiako Aurrezki Kutxa, impugnó los recurso, solicitando se declarase no haber lugar a los mismos.

NOVENO. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se, se señaló como día para votación y fallo del recurso el seis de marzo de dos mil trece, acordándose someter el recurso al conocimiento del Pleno de la Sala. Para ello se señaló el día veinte de marzo de dos mil trece, en el que el acto tuvo lugar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **José Ramón Ferrándiz Gabriel** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los antecedentes.

I. Como consecuencia de la quiebra de **Lehman** Brothers, los demandantes - don Efrain y don Gumersindo , Fundación Mamoré, Rofsol, SL, Shibumi Inversiones, SL, doña Carmela , doña Guillerma , don Nicolas y doña Rafaela , doña María Purificación , don Victoriano , doña Catalina y doña Gregoria -, en la condición de inversores, interpusieron demanda contra Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián, en la condición de prestadoras de servicios de inversión.

En dicha demanda ejercitaron dos acciones distintas. Los cuatro primeros - don Efrain y don Gumersindo , Fundación Mamoré y Rofsol, SL - la acción de responsabilidad contractual contra las dos demandadas, por deficiente cumplimiento de las obligaciones de información y asesoramiento que, según entienden, habían asumido. Pretendieron la condena solidaria de ambas a restituirles, en concepto de indemnización de daños, el importe de las inversiones.

Los otros nueve - Shibumi Inversiones, SL, doña Carmela , doña Guillerma , don Nicolas y doña Rafaela , doña María Purificación , don Victoriano , doña Catalina y doña Gregoria - dedujeron la misma pretensión, pero sólo para el caso de que no fuera estimada la que formularon como principal: la condena de las demandadas a cumplir, en sus términos, el contrato que, según alegaron, habían perfeccionado con ellos y por el que quedaron obligadas a entregarles otros productos financieros, en sustitución de los bonos de **Lehman** Brothers que habían adquirido.

En las dos instancias fue estimada la acción de cumplimiento de contrato que habían ejercitado, como principal, los nueve demandantes mencionados en el párrafo anterior, pero, exclusivamente, contra Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián, por ser la que se había obligado al cambio. La acción de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones contractuales fue íntegramente desestimada, respecto de las dos demandadas y tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial.

Sólo a esta última acción nos referiremos en lo sucesivo, dado que la estimación de la otra fue consentida por la demandada que había resultado condenada.

II. En síntesis, los hechos declarados probados por el Tribunal de apelación son los que siguen.

En enero de dos mil siete, uno de los demandantes - don Gumersindo -, actuando por su cuenta y por la de los demás, se puso en contacto con Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras,

SA, para conocer si le podía mejorar la oferta de inversión en un producto financiero estructurado, de determinadas características, que le habían formulado otras entidades.

Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA, tras las oportunas comprobaciones, contestó a don Gumersindo que tenía a su disposición un producto financiero estructurado del mismo tipo que aquel por el que se había interesado. Debía tratarse, según las indicaciones dadas por dicho señor, y se trataba, de un bono emitido por una entidad de crédito con la calificación, al menos, de A+, vencimiento a los siete años, susceptible de anticipada amortización y con una rentabilidad variable, dependiente de otros valores.

Don Gumersindo respondió, a finales del mismo mes, de nuevo por cuenta propia y de los demás demandantes, para expresar su conformidad, con indicación de la suma de dinero que la sociedad de servicios debía emplear en la inversión.

Seguidamente, Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA trasladó a Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián el encargo recibido. Esta entidad de crédito procedió a ejecutarlo y, seguidamente, recibió, para custodia y administración, los instrumentos financieros adquiridos por los demandantes.

Una vez que Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián ordenó la compra, procedió a remitir a los inversores una copia de las instrucciones que había cursado, en las que ya aparecía como emisora de los bonos la entidad Lehman Brothers.

Declaró probado el Tribunal de apelación que, hasta el referido momento de recepción por los inversores de la copia de las órdenes de ejecución emitidas por Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián, no tuvieron los demandantes conocimiento de cuál era la entidad que había emitido los bonos. Si bien, precisó que Lehman Brothers reunía las condiciones que, sobre calificación de solvencia, don Gumersindo había exigido al encargar la compra.

También declaró probado el Tribunal que una segunda inversión de similares características, génesis y ejecución tuvo lugar, por acuerdo de los mismos litigantes, a los pocos meses - en concreto, en agosto de dos mil siete-.

La causa del conflicto de intereses a que se refiere el litigio vino constituida, como quedó expuesto al principio, por la declaración de quiebra de Lehman Brothers, ocurrida a mediados del mes de septiembre del año siguiente, dos mil ocho.

III. Los inversores alegaron en la demanda que las demandadas actuaron de modo negligente en la prestación de los servicios de inversión y, en concreto, que incumplieron las reglas que les imponían informar sobre el órgano emisor de los bonos y sobre el riesgo de la inversión, así como asesorarles antes de la adquisición y durante todo el tiempo de funcionamiento de las relaciones contractuales respectivas. También afirmaron que, entre las dos demandadas, se había producido un conflicto de intereses, como consecuencia de percibir una de ellas comisiones de la otra, con causa en la celebración de los contratos litigiosos.

IV. El Tribunal de apelación desestimó el recurso interpuesto por los demandantes, por las razones siguientes: 1ª.- " *La contratación de los bonos que sirven de fundamento a la petición de indemnización de daños y perjuicios [...] se realizó en fechas dos de febrero y siete de agosto de dos mil siete* ", esto es, cuando estaba en vigor la Ley 24/1988, de 28 de julio, en la redacción dada a la

misma por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, no la resultante de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que incorporó a nuestro ordenamiento las normas de la Directiva 2004/39/CE - la cual estableció el marco para un régimen regulador de los mercados financieros, en particular, las condiciones de funcionamiento relativas a la prestación de servicios de inversión y servicios auxiliares y a los requisitos de información sobre las operaciones con instrumentos financieros y de transparencia de las operaciones con acciones admitidas a negociación en un mercado regulado-. Estaban en vigor y, por tanto, eran aplicables a las relaciones contractuales, según el Tribunal de apelación, la Ley 24/1988, en aquella versión, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, y la Orden de 25 de octubre de 1995.

2ª.- Entre los servicios debidos a los inversores por las demandadas no se hallaban los de asesoramiento, dado que (a) " [...] *no se produce una recomendación personalizada por parte de Kutxa Gestión a un cliente respecto de un producto determinado y concreto; tampoco se produce por parte de Kutxa Gestión una propuesta de realización de una inversión determinada ni se ejecuta dicha inversión por Kutxa Gestión, sino que lo que se produce es una petición por parte del cliente de un producto de unas características concretas y determinadas; esto es, se está solicitando el diseño de un producto financiero <a la carta> y con base en las necesidades y peticiones efectuadas por el propio cliente* "; y (b) aunque Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián hubiera ejecutado las órdenes de inversión y recibido los valores en administración, estos no constituían un producto financiero diseñado por ella, sino por los propios inversores -.

3ª.- Las demandadas, que tenían suficiente información sobre los conocimientos de los demandantes - calificados en la sentencia recurrida como unos " *expertos inversores* " -, siguieron las indicaciones que recibieron de los mismos sobre las circunstancias relevantes de los bonos que debían adquirir, incluso las relativas a las condiciones del emisor, no determinado individualmente, pero sí por su inclusión en una determinada categoría o rango de solvencia - "*rating*" A + -, expresión de una buena seguridad financiera.

4ª.- Que dicha emisora fuera Lehman Brothers u otra entidad del mismo rango o calificación de solvencia, lo consideró el Tribunal, a la vista de los tratos contractuales habidos entre las partes, como un elemento no esencial para la conclusión del negocio, " *ya que el riesgo de la operación estaba perfectamente definido como <bono estructurado de riesgo> y se indicaba expresamente que la solvencia de quien debía de responder del cumplimiento de las obligaciones del negocio financiero celebrado debía ser una entidad con un <rating> o calificación crediticia A+ o superior, esto es, de acreditada solvencia o capacidad de pago, lo que en el momento de celebrarse el negocio en cuestión, concurría en la entidad emisora Lehman Brothers* " -.

5ª.- El conflicto de intereses afirmado en la demanda entre las dos entidades demandadas fue inexistente, en los términos señalados por los demandantes, ya que no consta que una de ellas hubiera abonado comisiones a la otra como consecuencia de la celebración de los contratos sobre los bonos.

V. Contra la sentencia de apelación interpusieron los demandantes recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, por los motivos que seguidamente examinamos.

I. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL DE LOS DEMANDANTES.

SEGUNDO. Enunciados y fundamentos de los motivos primero, segundo, tercero, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo y duodécimo.

Descargado de <http://rdmf.wordpress.com/>

Examinamos a la vez, pero separadamente, los mencionados motivos porque en ellos denuncian los recurrentes la infracción de una misma norma - la del artículo 24 de la Constitución Española - y porque lo hacen, con empleo de una fórmula idéntica en todos ellos, por unas causas iguales: el defecto de motivación y el error patente en la valoración de la prueba.

El primero de los motivos se refiere a la argumentación contenida en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida - punto primero -. Los recurrentes vinculan las denunciadas infracciones constitucionales a la calificación dada por el Tribunal de apelación a uno de ellos, don Efrain , como experto financiero, por razón de la actividad a que se dedicaba una sociedad en la que el mismo participaba. Lo que consideran totalmente injustificado.

El segundo motivo se proyecta sobre la calificación de todos los demandantes como expertos inversores, por las razones que se expresan en el fundamento quinto de la sentencia recurrida. Entienden los recurrentes que carece de justificación atribuirles esa consideración por el hecho de que algunos participaran, como socios, en una sociedad de inversión de capital variable.

En el tercero, el defecto de motivación y el error patente lo derivan de haber negado el Tribunal de apelación, en el fundamento séptimo de su sentencia, la existencia de un conflicto de intereses entre las dos demandadas, generado por el pago de comisiones entre ellas.

En el quinto motivo, los recurrentes refieren los defectos de motivación y de valoración de la prueba al diseño inicial del producto financiero estructurado objeto de la inversión, que niegan pueda serles atribuida, como, entienden, hizo el Tribunal de apelación - en el apartado de la letra B) del fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida -.

En el sexto, proyectan los defectos de motivación y el error en la valoración de la prueba sobre la supuesta afirmación de irrelevancia para la contratación de la identidad del ente emisor de los bonos, que consideran contenida en el fundamento sexto de la sentencia recurrida. Alegan que, contrariamente, el referido, dato era esencial para adoptar la decisión de invertir en dichos bonos.

El séptimo motivo está referido a la calificación de la fundación Mamoré - una de los demandantes - como inversora arriesgada. Alegan los ahora recurrentes que el Juzgado de Primera Instancia así lo había declarado y que el Tribunal de apelación no corrigió en su sentencia lo que consideran era un error grave.

En el motivo octavo imputan los recurrentes las repetidas infracciones a la afirmación, contenida en el apartado cuarto del fundamento de derecho tercero de la sentencia de apelación, de que Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián les remitió una copia de las órdenes de ejecución de las compras, en las que ya aparecía como emisora de los bonos Lehman Brothers. Afirman que se trata de un error de hecho patente, ya que sus órdenes sólo se exteriorizaron en forma verbal.

En el motivo noveno refieren los mismos defectos a la afirmación de que las órdenes de compra emitidas, por Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián, en agosto de dos mil siete - contenida en el apartado 6 de la letra B) del fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida -, identificaban a la entidad emisora de los bonos.

El motivo décimo se proyecta sobre la conclusión a que llegó el Tribunal de apelación - explicada en el fundamento de derecho sexto de su sentencia -, en el sentido de que la falta de identificación de

la entidad emisora de los bonos y los riesgos de la inversión no pudieron ser determinantes de la decisión de invertir, al haberse interesado don Gumersindo por un producto financiero determinado y haber tomado las partes, como referencia para la contratación, no la concreta identidad del emisor, sino sólo la calificación o rango de solvencia que el mismo mereciera.

Por último, en el decimosegundo motivo los defectos de entidad constitucional, reiterados en todos, los refieren los recurrentes a la posibilidad de cancelación anticipada de los bonos, tratada por el Tribunal de apelación al final del fundamento de derecho sexto de su sentencia.

TERCERO. El deber de motivación.

La jurisprudencia - como recuerda, entre otras muchas, la sentencia 749/2012, de 4 de diciembre - al referirse al deber de motivación sigue la doctrina del Tribunal Constitucional, en la interpretación de los artículos 24, apartado 1, y 120, apartado 3, de la Constitución Española, y afirma que la exigencia se concreta en la precisión de exponer, en la propia resolución judicial, las razones de juicio, tanto fácticas como jurídicas, que permiten conocer cuáles son los criterios que fundamentan la decisión.

El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones - así, en la sentencia 163/2.008, de 15 de diciembre - que el respeto debido al derecho de las partes a obtener una resolución fundada implica que la misma esté motivada, en el sentido de expresar los elementos o razones de juicio que permitan conocer los criterios jurídicos en que se basa la decisión; así como que la motivación contenga una fundamentación en Derecho, garantía de que no es consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulta manifiestamente irrazonada o irrazonable ni incurre en error patente - pues, en tales casos, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia -.

CUARTO. La doctrina del error patente.

El Tribunal Constitucional, en su labor de interpretación del artículo 24 de la Constitución Española, ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de la prueba, destacando su directa relación con los aspectos fácticos del supuesto litigioso.

Son de mencionar, como expresión de esa doctrina, las sentencias 55/2001, de 26 de febrero, 29/2005, de 14 de febrero, y 211/2009, de 26 de noviembre. En esta última, el referido Tribunal destacó que "*concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración*".

En la antes mencionada sentencia 55/2001, de 26 de febrero, el Tribunal identificó los requisitos de necesaria concurrencia para que quepa hablar de una vulneración de la tutela judicial efectiva por la causa que estamos examinando. En particular, se refirió a que el error debe ser patente "*o, lo que es lo mismo, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia*".

Nuestra sentencia número 418/2012, de 28 de junio, tras reiterar la admisibilidad de un excepcional control de la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de la segunda instancia, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal - siempre con apoyo en la norma cuarta del

apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -, recordó que " *no todos los errores en la valoración de la prueba tienen relevancia constitucional [...]* ", dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: "1º) *que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión ; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales "*.

QUINTO. Desestimación de los motivos en cuanto fundados en un defecto de motivación.

Para negar a la denuncia del mencionado defecto - en todos los casos, escasamente identificado por los recurrentes - y dado el detalle con el que, en la sentencia recurrida, han sido tratadas las cuestiones planteadas en la segunda instancia - y, también, en la primera -, en el doble plano fáctico y estrictamente jurídico, no se haría necesario recordar que el deber de los órganos judiciales de motivar sus resoluciones no impone una argumentación extensa ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, ya que basta con que cada una de aquellas esté fundamentada en Derecho y se vincule a los extremos sometidos por las partes a debate, aunque la respuesta sea escueta y concisa, de manera que solo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal, quebrantaría el artículo 24 de la Constitución .

Realmente, el repetido deber, que es al que se refieren los motivos que examinamos - en la primera parte de los enunciados y, como se ha dicho, sin el desarrollo argumental que sería conveniente - ha sido cumplido por el Tribunal de apelación, cuya sentencia contiene los razonamientos mediante los que se exterioriza el " *iter* " seguido hasta la decisión del conflicto, tanto en el orden fáctico como en el jurídico, y en relación con todas las cuestiones señaladas por quienes eran los apelantes.

El defecto no existe y los motivos que en él se basan merecen ser desestimados.

SEXTO. Desestimación de los motivos en cuanto fundados en la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por errores en la valoración de la prueba.

I. Ninguno de los supuestos errores a que se refieren los motivos primero - sobre si don Efrain , por su condición de partícipe en una sociedad denominada Proinsa, merecía o no la calificación de experto financiero -; segundo - sobre si todos los demandantes eran, además, unos expertos inversores, por participar en una sociedad de inversión de capital variable -; sexto - sobre si en los tratos previos entre demandantes y demandadas tuvo relevancia la identidad del ente emisor de los bonos -; séptimo - sobre si la fundación Mamoré merecía ser calificada como una inversora arriesgada o no -; décimo - sobre si las demandadas debían haber informado a los inversores de los riesgos de la operación y de la identidad de la emisora de los bonos -; y decimosegundo - sobre la posibilidad de cumplimiento de las condiciones del rescate de los mismos -, recaerían, en el hipotético caso de que fueran tales, sobre cuestiones de hecho.

Es más, en rigor ni siquiera se refieren a la valoración de la prueba, pues lo hacen a juicios totalmente distintos a ella, que, aunque necesarios para subsumir los hechos en las normas aplicables al conflicto, resultan extraños a la misma y, al fin, al ámbito del propio recurso extraordinario por infracción procesal.

II. La contradicción que, en el motivo tercero, los recurrentes denuncian como error notorio en la valoración de la prueba, se refiere al, por ellos afirmado, conflicto de intereses entre las dos

demandadas, que el Tribunal de apelación negó existiera en el caso, por considerar que cabe que, en el funcionamiento de un acuerdo marco entre dos entidades sobre el abono de comisiones por determinadas actuaciones, queden exceptuadas aquellas que no den lugar a un efectivo aumento de clientes para la otra - así, por tratarse de contratos celebrados con quienes ya tenían esa condición -. Literalmente argumentó el Tribunal de apelación que " *efectivamente, como se desprende de lo obrante al folio 195 de las actuaciones, Kutxa Gestión Privada tiene un acuerdo con Kutxa por el que recibe comisiones en concepto de captación de clientes y direccionamiento de su patrimonio a dicha entidad [...]* ", pero " *sin embargo, ello no significa que en el presente caso se haya cobrado comisión alguna por la emisión de los bonos por parte de Kutxa y ello si tenemos en cuenta que no se trababa de captar nuevos clientes....* ".

Ningún error de alcance constitucional se advierte en la valoración de la prueba que llevó al Tribunal de apelación a negar en el caso el abono de comisiones entre las demandadas. Tampoco existe la alegada contradicción entre la premisa y la conclusión del silogismo, que, sin justificación, se dice vicia en el plano de la lógica la motivación.

III. Igualmente, no consta producido, pese a lo que afirman los recurrentes en el quinto motivo, un error, de igual tipo y alcance constitucional, en la afirmación base de la decisión judicial recurrida - fundamento de derecho sexto, letra a) - en el sentido de que fue quien representaba a los demás demandantes, en sus tratos con las demandadas - don Gumersindo -, la persona que identificó, por sus características, la operación que a todos interesaba, así como las condiciones de la entidad emisora de los bonos.

Esa conclusión la derivó el Tribunal de apelación de diversos medios de prueba y al atacarla, con una formal referencia al artículo 24 de la Constitución Española , lo que pretenden los recurrentes es convertir el recurso extraordinario en una tercera instancia.

IV. Ciertamente podrían ser errores en la valoración de la prueba, los que se denuncian en los motivos octavo y noveno. Sin embargo, en cuanto al primero de ellos, de la lectura del escrito de interposición resulta que quienes padecen la equivocación son quienes la afirman, en la medida en que dan a la sentencia recurrida un sentido que no tiene; en efecto, en ella no se dice que las órdenes dadas por los inversores a Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA se hubieran redactado por escrito, sino que lo fueron las de ejecución de los precedentes mandatos verbales, transmitidas a terceros por Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián. Es, al fin, la copia de estas órdenes las que el Tribunal de apelación afirma que la entidad de crédito remitió a los demandantes y en la que aparecía ya identificado el ente emisor de los bonos.

En cuanto al motivo noveno, lo que declaró el Tribunal de apelación es que de los folios números 249 y siguientes resulta que las órdenes de compra, emitidas por la misma entidad en agosto de dos mil siete, " *se notificaron a los adquirentes, indicándose que el emisor era Lehman Brothers*". Se trata de una valoración en su conjunto de la prueba de documentos, que no aparece viciada por el defecto que se le atribuye.

SÉPTIMO. Enunciados y fundamentos de los motivos cuarto y decimoprimeros, así como de su desestimación.

Examinamos conjuntamente los mencionados motivos, porque en ellos denuncian los recurrentes, con apoyo en la norma segunda del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción de las reglas sobre la carga de la prueba, contenidas en el artículo 217 de la misma Ley .

I. El primero de los mencionados motivos - en el que se señalan como infringidas las normas de los apartados 1, 2, 3 y 7 del citado artículo - está referido al pago de comisiones por parte de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián a Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA que, como premio por la contratación de los bonos, afirmaron los demandantes y cuya demostración negó la sentencia recurrida se hubiera logrado en el proceso.

Alegan los ahora recurrentes que, al negar ese hecho controvertido, el Tribunal de apelación había alterado las reglas de distribución de la carga de la prueba, en su perjuicio, por cuanto ello significaba exigirles una actividad probatoria que quedaba fuera de su alcance.

II. En el segundo de los motivos - el decimoprimer - se denuncia la infracción del mismo artículo 217 apartados 1, 3 y 7 -, con el argumento, realmente confuso, de que el Tribunal de apelación había invertido las reglas sobre la carga de probar al declarar que no se había demostrado que hubieran sido informados por las demandadas sobre el riesgo de la operación y la identidad de la emisora de los bonos, pese a que algunos medios practicados en el proceso lo probaban.

El llamado problema de la carga de la prueba sólo surge en caso de ausencia de elementos de juicio susceptibles de fundar la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes, dado que, sólo en ese caso y por la prohibición del " *non liquet* ", se hacen necesarias unas reglas que permitan identificar a la parte sobre la que ha de recaer el perjuicio derivado de la falta de demostración.

Por esa razón, las mencionadas reglas exclusivamente se infringen cuando, por no haberse considerado probados hechos necesitados de dicha demostración, se atribuyen las consecuencias del defecto a quién, según ellas, no le correspondía sufrir la imputación de la laguna o deficiencia probatoria - al respecto son de señalar las sentencias 376/2010, de 14 de junio , 88/2011, de 16 de febrero , 333/2011, de 9 de mayo , 518/2011, de 30 de junio , 479/2012, de 19 de julio , 494/2012, de 20 de julio , 526/2012, de 5 de septiembre , 525/2012, de 7 de septiembre , 561/2012, de 27 de septiembre , 557/2012, de 1 de octubre , 615/2012, de 23 de octubre , 616/2012, de 23 de octubre , 601/2012, de 24 de octubre , 662/2012, de 12 de noviembre , 684/2012, de 15 de noviembre , entre otras muchas -.

En consecuencia, no es procedente denunciar la vulneración de las reglas sobre la carga de la prueba para impugnar la valoración de los medios efectivamente practicados, dado que no contienen criterios o máximas sobre tal materia - sentencias 526/2012, de 5 de septiembre , 557/2012, de 1 de octubre , entre otras muchas -.

En aplicación de la citada doctrina hemos de desestimar ambos motivos.

III. En el cuarto lo que intentan los recurrentes es obtener una nueva valoración de la prueba, para lo que, como se ha dicho, no les sirve la norma que dicen infringida. Por otro lado, las reglas sobre el " *onus probandi* ", respecto de lo que realmente constituye un dato indemostrado, fueron aplicadas correctamente.

IV. En el motivo decimoprimeros pretenden lo mismo. Y, en el fondo, extraer consecuencias de la aplicación de aquellas reglas a la demostrada falta inicial de información sobre los riesgos de la inversión, omitiendo que el Tribunal de apelación consideró que no era determinante aquel defecto por una razón sustantiva: la consistente en que las sociedades demandadas se limitaron a ejecutar las completas instrucciones que habían recibido de sus clientes, expertos concededores de las inversiones. La cuestión tiene, por lo tanto, un contenido estrictamente sustantivo, ajeno, en todo caso, al ámbito del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

OCTAVO. Enunciado y fundamentos del motivo decimotercero y de su desestimación.

Denuncian los recurrentes, con apoyo en la norma del ordinal segundo del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción del artículo 394, apartado 1, de la misma Ley .

Alegan que, como la sentencia de apelación había desestimado su recurso contra la de la primera instancia, en la que la demanda fue estimada - en cuanto a la pretensión principal - contra Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián, las correspondientes costas deberían haber sido impuestas a dicha demandada.

La violación de las normas sobre imposición de costas, contenidas en los artículos 394 a 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no está prevista como causa en ninguno de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal descritos en los tres primeros ordinales del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - sentencias 565/2010, de 21 de septiembre , 798/2010, de 10 de diciembre , y 358/2011, de 6 de junio -.

Cabe que el pronunciamiento sobre costas implique una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que reconoce y protege el artículo 24 de la Constitución Española . Pero, en tal caso, el recurso deberá interponerse con fundamento en la norma del ordinal cuarto del mencionado apartado del artículo 469. En aplicación de esa doctrina ha de ser desestimado el motivo, ya que se funda en norma inadecuada. Y, además, los recurrentes prescinden del dato evidente de que la demanda contra la referida entidad fue estimada sólo en parte.

II. RECURSO DE CASACIÓN DE LOS DEMANDANTES.

NOVENO. La improcedente denuncia de la infracción de normas que no estaban en vigor en el momento de la contratación y que el Tribunal de apelación no aplicó.

Declaró probado el Tribunal de apelación - en el fundamento de derecho tercero, apartado de la letra A), de su sentencia - que la contratación de los bonos se ejecutó los días dos de febrero y siete de agosto de dos mil siete, fechas en las que no estaban todavía en vigor las normas de la Ley 24/1988, de 28 de julio, reformadas por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, ni las del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero. Y resolvió el conflicto a la luz de los preceptos que entonces tenían vigencia. Los recurrentes, sin embargo, no tienen en cuenta esa identificación de preceptos aplicables y, al redactar los motivos del recurso de casación en el escrito de interposición, sin impugnar el argumento de derecho transitorio en que la sentencia recurrida se basó, denuncian - en el primero, el segundo, el tercero, el cuarto y el quinto - la infracción de normas que había sido expresamente excluidas por dicho Tribunal, que, como se ha dicho, no las aplicó por entender que no debía hacerlo.

Por ello, sin necesidad de mayor argumentación, al examinar cada motivo nos referiremos, exclusivamente, a los preceptos que estaban vigentes cuando los contratos litigiosos se perfeccionaron y ejecutaron, prescindiendo de los promulgados después.

Los mencionados motivos han de entenderse desestimados, en la medida correspondiente a lo expuesto.

DÉCIMO. Enunciado y fundamentos del primero de los motivos.

Denuncian los recurrentes la infracción de los artículos 1091 , 1254 , 1258 , 1544 y 1709 y siguientes del Código Civil y 244 del Código de Comercio - además de preceptos que, por lo expuesto, el Tribunal de apelación declaró inaplicables por razones transitorias -.

Se refieren, con tal heterogénea y no siempre suficientemente determinada referencia, a la calificación de la relación contractual que les vinculaba a una de las demandadas - Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA -.

Afirman que era la propia de un contrato de asesoramiento personalizado o de una gestión asesorada de inversiones.

Alegan, en apoyo del éxito del motivo, que el Tribunal de apelación había calificado incorrectamente la mencionada relación, al no destacar la trascendencia que, en su contenido y por voluntad de los contratantes, tuvo el asesoramiento respecto de la inversión, a que consideran la citada demandada venía obligada. El Tribunal de apelación - en el apartado C) del fundamento de derecho tercero de su sentencia, bajo el epígrafe " *naturaleza jurídica de las relaciones entre Kutxa Gestión y los demandantes* " - calificó el contrato de que se trata como arrendamiento de servicios, con exclusión expresa del asesoramiento. Argumentó que " *fue don Gumersindo , actuando como interlocutor de su familia y de las diferentes sociedades pertenecientes a la misma, quien se dirigió al gestor de Kutxa Gestión, indicando que había recibido una oferta de otra entidad bancaria sobre un producto estructurado, señalando ya algunas características del producto ofertado* "; y llegó a la conclusión de que no se produjo " *una recomendación personalizada por parte de Kutxa Gestión a un cliente, respecto de un producto determinado y concreto* ", sino que " *se está solicitando el diseño de un producto financiero <a la carta> y con base en las necesidades y peticiones efectuadas por el propio cliente* ".

UNDECIMO. Desestimación del motivo.

Las controversias sobre la calificación del contrato, esto es, sobre su identificación con los de una categoría determinada a cuyo tipo se estima pertenece - operación que ha de ser resultado de la interpretación y constituye antecedente de la subsunción del mismo bajo unas normas y no otras -, tienen un limitado juego en el recurso de casación. Así lo han puesto de relieve, entre otras muchas, las sentencias 1173/2006, de 27 de noviembre , 1325/2006, de 14 de diciembre , 161/2009, de 9 de marzo , y 329/2009, de 28 de mayo . En todo caso, por más que la relación de los ahora recurrentes con Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA, que quedó identificada en el proceso por tener por objeto la adquisición de los bonos emitidos por Lehman Brothers, fuera la propia de un contrato de comisión - dado que la citada empresa de servicios de inversión se obligó a transmitir a la otra demandada, para su ejecución, las órdenes de adquisición de los instrumentos financieros, verbalmente emitidas por sus clientes -, negó correctamente el Tribunal de apelación - en consideración a los hechos declarados probados - que dicha demandada, al igual que la otra, hubiera

estado obligada a prestar asesoramiento a los inversores demandantes, respecto de la concreta operación de que se trata.

En efecto, el asesoramiento en materia de inversión puede constituir un servicio debido por una de las partes de este tipo de relación, sea por propia iniciativa o a petición de la otra. Pero, para que quepa hablar de una obligación de aconsejar o de efectuar recomendaciones personalizadas en esta materia, que es lo que los recurrentes alegan sucedió - más allá de la mera defensa de los intereses del comitente, derivada del deber de lealtad y propia del funcionamiento de una relación de confianza - es preciso que dicha prestación se hubiera pactado, en alguna de las formas en que los contratantes pueden llegar al consentimiento, o que deba considerarse integrada en el contenido negocial por otra vía. Sin embargo, a la vista del resultado de la prueba que nos viene definido desde la instancia, ninguna de las compras a que se refiere la sentencia recurrida - la de febrero y la de agosto de dos mil siete - debía ser asesorada. Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA, tenía " *la necesaria información sobre la capacidad y conocimientos* " de don Gumersindo - según el fundamento de derecho sexto de la sentencia recurrida -; dicho señor fue calificado, por su perfil, como un experto inversor - fundamento de derecho quinto - y tenía totalmente formada la idea sobre las características de los instrumentos financieros que le interesaban. Desde otro punto de vista, los términos del encargo no dejaban a la comisionista, caso de aceptar, otra alternativa que la de dar cumplimiento a la comisión aceptada, conforme a las instrucciones precisas del comitente, para no incurrir en incumplimiento.

DECIMOSEGUNDO. Enunciado y fundamentos de los motivos segundo y cuarto del recurso.

Examinamos en unos mismos fundamentos, aunque con la debida separación, ambos motivos porque es en ellos donde se imputan a las entidades demandadas los incumplimientos contractuales señalados en la demanda como causa de su responsabilidad civil.

I. Denuncian los inversores demandantes - en el primero de ellos - la infracción de los artículos 78 y 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio - en la redacción que el Tribunal de apelación declaró aplicable -, en relación con los artículos 2 - deberes de cuidado y diligencia - 3 - medios y capacidades - y 5 - información a los clientes - del anexo del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo , que contenía en aquel tiempo el código general de conducta en los mercados de valores, desarrollado por la Orden de 25 de octubre de 1995, y con los artículos 1101 , 1104 , 1258 , 1544 , 1709 , 1718 , 1719 , 1720 y 1726 del Código Civil . Alegan los recurrentes que el Tribunal de apelación no había aplicado al caso las referidas normas, pese a que imponían a las empresas de servicios de inversión, particularmente a Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA, deberes de diligencia, transparencia e información. Refieren el incumplimiento de esos deberes al silencio de las demandadas sobre la designación de la entidad emisora de los bonos y sobre todas las demás circunstancias que, según aducen, les hubieran permitido una más adecuada valoración de los riesgos de la inversión e, incluso, la adopción de medidas de garantía que les pusieran a cubierto del fracaso de aquella.

II. En el motivo cuarto señalan como infringidas - además de normas que no tenían vigencia cuando la contratación se perfeccionó y ejecutó, excluidas, según se dijo, por el Tribunal de apelación -, las de los artículos 244 a 280 del Código de Comercio , 1101 , 1544 y siguientes, 1709 y siguientes del Código Civil . Se refieren los recurrentes a la relación jurídica de depósito y administración que les unía a Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián. Alegan que dicha entidad debía haberles informado del agravamiento del riesgo durante todo el tiempo de su gestión, pues estaba obligada, a lo largo de todo el funcionamiento de la referida relación contractual, a acceder

diligentemente a cualquier dato que fuera relevante en la defensa de sus intereses y a darles noticia seguidamente de él.

DECIMOTERCERO. Desestimación de los dos motivos.

Los llamados códigos de conducta, impuestos por normas jurídicas a las empresas de servicios de inversión - como el que los recurrentes mencionan en el motivo -, integran el contenido preceptivo de la llamada " *lex privata* " o " *lex contractus* " que nace al celebrar, con sus clientes, los contratos para los que aquellos están previstos. Se trata de estándares o modelos de comportamiento contractual, impuestos, por la buena fe, a las prestadoras de tales servicios y, al fin, de deberes exigibles a la misma por el otro contratante - artículos 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio -.

I. Ello sentado, respecto de la relación de los recurrentes con Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA hay que excluir, de inicio, el denunciado defecto de información sobre el pago de comisiones entre las demandadas, pues el Tribunal de apelación declaró no probado el referido dato. En cuanto a las demás omisiones atribuidas por los recurrentes a la mencionada entidad, la conclusión a que el Tribunal llegó - negando que hubiera existido infracción contractual por defecto de información y diligencia - se muestra correcta, siempre a la vista de los hechos declarados probados. En efecto, respecto de los riesgos de la operación - la cual fue realizada por la citada demandada un año antes de la declaración de quiebra de Lehman Brothers -, la condición de experto inversor que la sentencia recurrida atribuye a don Gumersindo , así como los detallados términos en que se concretó la propia comisión, previamente decididos por dicho señor - con conocimiento de las características de los productos financieros a adquirir, de sus riesgos y rentabilidad -, ponen de manifiesto la procedencia de mantener en sus términos la decisión recurrida.

Y el margen de discrecionalidad que, sobre la identificación final del emisor de los bonos, se había reconocido a la comisionista, dentro del límite que significaba la necesidad de que el designado tuviera una determinada calificación de solvencia, no permite considerar la elección de Lehman Brothers - en el momento en que se hizo - un incumplimiento del mandato ni el resultado de una actuación negligente, por ser respetuosa con los criterios de determinabilidad impuestos por el comitente.

II. Con respecto a la relación de los recurrentes con Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián, a la que habían encomendado la administración de los bonos, es cierto que la misma, durante toda la vida de la relación de que formaba parte, venía obligada a informar a los inversores, con la máxima celeridad, de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas, así como, en su caso, a recabar de inmediato nuevas instrucciones e, incluso, a adoptar las medidas impuestas por la urgencia y recomendadas por la prudencia, en defensa de sus intereses - de conformidad con el código de conducta a que se refiere el motivo -.

Sin embargo, para hablar de incumplimiento del deber de diligente reacción - sobre el que, al fin, se proyecta el motivo - y de causa de una responsabilidad de la entidad administradora de los bonos por su incumplimiento, sería necesario que aquella inmediata respuesta le hubiera sido exigible antes de la declaración de quiebra de Lehman Brothers. Y, para determinar dicha exigibilidad, no cabe reconstruir el curso causal dando por cierta, como una realidad presente en todos los momentos de la vida de la relación, la insolvencia luego producida.

No hay duda de que a la quiebra no se suele llegar de un día para otro. Pero, para afirmar una negligencia por no haber reaccionado a tiempo quien, como profesional, debía haberlo hecho ante unos indicios que pudieran anunciarla, hubiera sido necesaria la demostración de la previsibilidad de la repetida crisis patrimonial de quien emitió los bonos.

Sucede, sin embargo, que dicha previsibilidad de la futura quiebra de Lehman Brothers quedó fuera del proceso. En todo caso, no se ha referido a ella la sentencia recurrida y no se ha denunciado defecto de exhaustividad, por lo que afirmarla o negarla ahora significaría introducir un dato nuevo, en perjuicio de las reglas de contradicción que rigen la actividad procesal.

DECIMOCUARTO. Enunciado y fundamento del tercero de los motivos, así como de su desestimación.

I. Denuncian los demandantes la infracción de los artículos 78 bis , 79 y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio , del mercado de valores - en la redacción reformada que el Tribunal de apelación declaró inaplicable -, puestos en relación con los artículos 1544 y siguientes, 1709 y siguientes del Código Civil y 244 y siguientes del Código de Comercio .

Con tal deficiente identificación de las normas que consideran infringidas, se refieren los recurrentes a la calificación que de ellos hizo el Tribunal de apelación como inversores expertos. La consideran equivocada a la vista de la prueba practicada en el proceso.

II. Como se expuso, no cabe atribuir al Tribunal de apelación la infracción de normas que no aplicó ni debía haber aplicado por razones de derecho transitorio - en ningún caso atacadas -, como son las relativas al deber de las empresas de servicios de inversión de calificar a sus clientes en profesionales y minoristas, al efecto de medir la experiencia y conocimientos que tienen al tomar sus decisiones de inversión. Por otro lado, la consideración de los demandantes - propiamente, de quien les representó en las relaciones con las demandadas - como inversores expertos la derivó el Tribunal de apelación de la prueba que se había practicado sobre ciertos datos de hecho en ellos concurrentes.

Procede, por tanto, recordar que la casación no abre una nueva instancia - sentencias 797/2011, de 18 de noviembre , y 625/2012, de 26 de octubre , entre otras muchas -. Y que - como precisó la sentencia 459/2012, de 19 de julio , tras otras muchas - el recurso de que se trata no constituye un instrumento que permita revisar la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de la segunda, ya que su función es la de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento sustantivo a la cuestión de hecho, pero no a la reconstruida por el recurrente, sino a la que se hubiera declarado probada en la sentencia recurrida, como resultado de la valoración, por el Tribunal que la dictó, de los medios de prueba practicados.

DECIMOQUINTO. Enunciado y fundamentos de los motivos quinto y sexto, así como de su desestimación.

I. En el motivo quinto se denuncia la infracción - además de normas que no fueron aplicadas por el Tribunal de apelación y que no eran aplicables, por las repetidas razones - de los preceptos que contenía en su anexo el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo. Esto es, la violación del código general de conducta que regía en los mercados de valores.

Alegan los recurrentes que Kutxa Gestión Privada, Sociedad Gestora de Carteras, SA debió haberles informado, también, de la situación de potencial conflicto de intereses en que se encontraba respecto de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián.

Como se advierte, incurren los recurrentes en una petición del principio, en la medida en que vinculan consecuencias jurídicas a una premisa que procesalmente hemos de considerar falsa, en la medida en que fue negada en la segunda instancia, con unos términos que procede respetar: a saber, la consistente en que la primera sociedad percibió comisiones de la segunda, causando el afirmado conflicto de intereses.

II. En el motivo sexto señalan como infringidos los artículos 1091 y 1101 del Código Civil , como consecuencia de no haber condenado el Tribunal de apelación a las demandadas a indemnizarles en la medida que habían reclamado en la demanda.

No tienen en cuenta los recurrentes en este motivo que, para que fuera procedente la mencionada condena, hubiera sido precisa la previa declaración de la responsabilidad de las demandadas, la cual, por el contrario, fue negada en las dos instancias.

El motivo no puede ser estimado.

DECIMOSEXTO. Desestimación de los recursos y régimen de las costas.

Al ser desestimados los dos recursos, las costas correspondientes quedan a cargo de los recurrentes, en aplicación de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

FALLAMOS

Declaramos no haber lugar a los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, interpuestos por don Efrain , don Gumersindo , la Fundación Mamoré, Rofsol, SL, Shibumi Inversiones, SL, doña Carmela , doña Guillerma , don Nicolas , doña Rafaela , doña María Purificación , don Victoriano , doña Catalina y doña Gregoria , contra la Sentencia dictada, con fecha veintisiete de julio de dos mil once, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa .

Las costas de dichos recursos las imponemos a los recurrentes.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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. **José Ramón Ferrándiz Gabriel** , 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.

PROVINCIA