

Roj: STS 4155/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4155
Id Cendoj: 28079110012015100531
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2044/2013
Nº de Resolución: 520/2015
Procedimiento: CIVIL
Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Octubre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 3ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Donostia.

El recurso fue interpuesto por Guadalupe y Raúl, representados por la procuradora Mercedes Revillo Sánchez.

Es parte recurrida la entidad Banco Bilbao Vizcaya, S.A., representada por la procuradora Alicia Oliva Collar.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. La procuradora Teresa Zulueta Calvo, en nombre y representación de Guadalupe y Raúl, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Donostia, contra la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., para que se dictase sentencia:

"por la que, estimando íntegramente la misma, declare:

A) La nulidad, falta de validez y eficacia del negocio jurídico objeto de impugnación compuesto por el contrato de gestión de cartera de 7/04/2000, por inexistencia de consentimiento válido bien por error grave, y/ o subsidiariamente por dolo o engaño y/o subsidiariamente por ilicitud de la causa.

Y a tenor de las declaraciones que anteceden, de forma simultánea a las mismas, se condene y obligue a la entidad financiera BBVA:

1.- A estar y pasar por tales declaraciones en el orden y prioridad expuestos.

2.- A restituir y devolver a mis mandantes la cantidad inicialmente depositada de 90.151,82 # que la demandada recibió.

3.- A pagar el interés legal desde la fecha de su depósito (7/04/2000) hasta la fecha de sentencia, y desde entonces el interés del artículo 576 LEC.

B) Subsidiariamente a lo anterior, y para el supuesto de que se desestimase la anterior pretensión:

1.- Se declare que el Banco demandado ha incurrido en negligencia y exceso de gestión.

2.- Consecuentemente con lo anterior se condene al Banco demandado a abonar a mis representados el importe de daños y perjuicios que se calculan en la cantidad de 72.890,22 # que ha supuesto la pérdida de patrimonio más el interés legal desde la fecha de cargo o apunte bancario efectiva hasta la fecha de sentencia y desde entonces el interés del artículo 576 LEC.

C) Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada."

2. La procuradora Begoña Álvarez, en representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"por la que se desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mi mandante de todos los pedimentos de la demanda, todo ello con expresa imposición de las costas del procedimiento a la actora."

3. El Juez de Primera Instancia núm. 5 de Donostia dictó Sentencia con fecha 19 de marzo de 2013, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Que estimando parcialmente la demanda presentada por Doña Guadalupe y Don Raúl, contra "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.", declaro que el demandado ha incurrido en negligencia en el cumplimiento del contrato, y le condeno a abonar a los actores la cantidad de 66.151,81 euros, más el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda.

No se hace especial imposición de costas, debiendo abonar cada parte las suyas y las comunes por mitad."

Tramitación en segunda instancia

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.

La resolución de este recurso correspondió a la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 3ª, mediante Sentencia de 10 de julio de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS: Estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número cinco de Donostia-San Sebastián de fecha 13 de marzo de 2013 y; debemos revocar y revocamos la resolución recurrida en el sentido de desestimar la demanda, con imposición de las costas al demandante y sin pronunciamiento en costas en la alzada."

Interposición y tramitación del recurso de casación

5. La procuradora Teresa Zulueta Calvo, en representación de Guadalupe y Raúl, interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 3ª.

Los motivos del recurso de casación fueron:

1º) Infracción de los arts. 7 de Código Civil y 57 del Código de Comercio, en relación con los arts. 63.1.d) y 79 de la Ley 24/1978 del Mercado de Valores.

2º) Infracción del art. 1719 del Código Civil, en relación con los arts. 255 y 260 del Código de Comercio en relación con art. 3.2 del Real Decreto 1849/1980 de 5 de septiembre.

3º) Infracción de los arts. 1101 en relación con el 1726 del Código Civil."

6. Por diligencia de ordenación de 12 de septiembre de 2013, la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 3ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente Guadalupe y Raúl, representados por la procuradora Mercedes Revillo Sánchez; y como parte recurrida la entidad Banco Bilbao Vizcaya, S.A., representada por la procuradora Alicia Oliva Collar.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 13 de mayo de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

"ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D. Raúl y Dª Guadalupe contra la Sentencia dictada, en fecha 10 de julio de 2013, por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 3ª), en el rollo de apelación nº 3206/2013 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 954/2012 del Juzgado de Primera Instancia 5 de San Sebastián."

9. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

10. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 10 de septiembre de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 7 de abril de 2000, Raúl y Guadalupe, por sugerencia de un empleado del BBV de la oficina de Amara (San Sebastián), concertaron con BBV Privanza un contrato denominado de "gestión de carteras", en la modalidad "cartera dinámica", con una aportación inicial de 90.151,81 euros. La duración del contrato era un año, aunque se entendía prorrogado por sucesivos periodos trimestrales, y los titulares podían modificar el patrimonio objeto de gestión, con sucesivas aportaciones o detracciones. En este contrato no se especificaban las características de los valores sobre los que se iba a operar, ni el nivel de riesgo.

Para la gestión de esta cartera, se atribuía a la entidad la facultad de «adquirir, suscribir y enajenar, siempre que lo considere de interés para el/los titular/es de la cuenta, cualquier clase de valores, efectos, futuros, opciones, activos financieros, y en general cualesquiera valores negociables, tomando cuantas decisiones estimen oportunas para la conservación y rentabilización adecuada del patrimonio entregado en gestión, sin garantizar en ningún caso el resultado económico de su gestión»

Desde el principio, la cartera sufrió pérdidas respecto de la cantidad inicialmente aportada. El primer mes tuvo una pérdida de 6.010,12 euros. Y en los meses sucesivos continuaron las pérdidas. Por esta razón, Guadalupe acudió para quejarse, en varias ocasiones, a la oficina del BBVA de la que eran clientes y en la que les habían recomendado concertar este contrato de gestión de carteras, y el empleado de la entidad trató de tranquilizarla, diciéndole que esas pérdidas eran una cosa temporal.

El inicial contrato debía adaptarse a las exigencias de la Circular 2/2000 de la CNMV. Consta que, en julio de 2003, la entidad BBVA Privanza remitió una carta a Raúl y Guadalupe en la que les recordaba que estaban pendientes de enviar firmado el contrato, y les indicaba: «la gestión de su cartera se viene realizando de acuerdo con un perfil "AGRESIVO", que es el reflejado en nuestros registros y que es el que seguiremos manteniendo salvo indicación suya en contrario».

Pese a lo anterior, no consta que la entidad hubiera preguntado a Raúl y Guadalupe sobre el riesgo que deseaban asumir, ni sobre la posibilidad de elegir entre cuatro perfiles de riesgo.

En el año 2007, Guadalupe habló con la directora de la oficina de Amara (San Sebastián), que era diferente de quien le había atendido el año 2003, y al manifestarle sus quejas respecto del resultado de la gestión de la cartera, esta directora de oficina le dijo que "eso hace años que debía haberse cambiado a otra cartera", y le aconsejó el cierre de la cuenta, que en ese momento había quedado reducida a la suma de 24.000 euros.

Guadalupe formuló una reclamación al Defensor del Cliente del BBVA, quien concluyó que el banco había incurrido en una actuación incorrecta «al no obtener el perfil inversor del cliente mediante la firma del contrato de adaptación». A su juicio, resultaría pertinente una compensación económica. E invitaba a la entidad y sus clientes a llegar a un acuerdo.

Guadalupe también formuló una reclamación frente a la CNMV. La Comisión, en su informe final de contestación a la reclamación constata que: el contrato de 7 de abril de 2000 no establecía el perfil de riesgo de los titulares de la cartera, ni limitación en cuanto a los valores que se podían adquirir en el marco de la gestión de cartera contratada; el banco había gestionado la cartera bajo un perfil agresivo, sin que hubiera aportado documentación alguna en la que los clientes hubieran optado por ese perfil de riesgo, ni el establecimiento de limitaciones sobre los tipos de valores que debían formar parte de su cartera; y el banco debía haberse asegurado de formalizar la relación contractual con sus clientes en la forma prevista en la norma de aplicación. Y concluye que la actuación del BBVA es incorrecta por: i) haber gestionado su patrimonio en base a unas especificaciones y limitaciones que no están establecidas en el contrato firmado por las partes, y respecto de las que no consta que hubieran sido aceptadas por los clientes; y ii) no acreditar que los clientes firmasen un nuevo contrato de gestión de carteras adaptado a los requisitos establecidos en la normativa.

2. Raúl y Guadalupe formularon una demanda frente a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. en la que ejercitaron, primero, una acción de nulidad del contrato de gestión de cartera de 7 de abril de 2000, «por inexistencia de consentimiento válido por error grave y/o subsidiariamente por dolo o engaño y/o subsidiariamente por ilicitud de la causa», cuya

estimación debía conllevar la condena de la demandada a la devolución de la cantidad inicialmente depositada en la cartera (90.151,81 euros), más los intereses legales desde la fecha de su depósito hasta la fecha de la sentencia, y desde entonces el interés del art. 576 LEC.

Subsidiariamente, los demandantes ejercitaron una acción de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por el banco por negligencia y exceso de gestión de la cartera, de tal forma que se cuantificaba el perjuicio en 72.890,22 euros.

3. El juzgado de primera instancia desestimó la acción de nulidad, pero estimó la de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento del banco. El juzgado basa el incumplimiento contractual no en que hubiera habido una mala inversión, sino en que el banco realizó una defectuosa atención y asesoramiento a los demandantes por medio de los empleados de la sucursal, y «por la absoluta falta de previsión y limitación de las operaciones que se facultaba a realizar al banco y que venían reguladas en la Orden Ministerial de 7 de octubre de 1999, sin que el banco, a quien le incumbe la carga probatoria, haya podido probar la suscripción del correspondiente documento de adaptación del contrato a dicha normativa». Lo anterior supone, según la sentencia de primera instancia, «un claro incumplimiento de sus deberes de información y lealtad para con el cliente, que van más allá de una simple irregularidad administrativa y en ningún caso pueden entenderse subsanados por la remisión a posteriori de los correspondientes extractos bancarios al cliente, quien tenía perfecto derecho a que el contenido íntegro del contrato se ajustase a la normativa vigente y a los parámetros de información y transparencia en ella exigidos, siendo obligación del banco cerciorarse del cumplimiento de tales requisitos». Y añade que el banco debió encargarse de que el cliente suscribiera el documento de adaptación, informándole de las condiciones exigidas legalmente, y esto ni siquiera fue intentado hasta tres años después de la entrada en vigor de la orden ministerial.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida por el banco demandado, quien impugnó el pronunciamiento por el que se estimaba la acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual. En consecuencia, el pronunciamiento sobre la desestimación de las acciones basadas en la nulidad del contrato quedó firme.

La Audiencia estima el recurso de apelación del banco y entiende que no ha existido un incumplimiento contractual que justifique la condena a indemnizar impuesta en la sentencia de primera instancia. En concreto, razona que, si bien en el contrato de gestión de carteras que firmaron las partes no se especifica el tipo de valores sobre los que se iba a operar y el nivel de riesgo que se asumía, en julio de 2003 se comunicó al cliente que el contrato se desarrollaba contando con que el perfil de inversor era agresivo, sin que los demandantes hubieran formulado objeción alguna, hasta que el 24 de julio de 2008 formularon su reclamación al Servicio de Atención al Cliente de la entidad bancaria. La Audiencia entiende que no cabe concluir de la falta de adaptación del contrato al contenido de la Circular 2/2000 el carácter incumplidor del contrato que justifique la condena indemnizatoria.

La sentencia de apelación es recurrida en casación por Raúl y Guadalupe, sobre la base de tres motivos.

Recurso de casación

5. *Formulación del motivo primero.* El motivo se funda en la infracción de «los arts. 7 CC y 57 Ccom, como reglas generales de conducta que rigen el ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe, en relación directa con los arts. 63.1.d) y 79 LMV, en la redacción vigente en el año 2000, así como el resto de normas que se invocarán y detallarán

en el motivo, referidas, todas ellas, al deber de información, así como la OM de 25 de octubre de 1995 y 7 de octubre de 1999».

En el desarrollo del motivo se razona que el banco hizo caso omiso de estas dos ordenes ministeriales, y de la Circular 2/2000 de la CNMV, incumpliendo la obligación esencial de dotar de una mayor garantía y seguridad jurídica a los intervinientes en el mercado financiero, que se encontraban siempre, y en todo caso, en una posición inferior a la del propio banco.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

6. Estimación del motivo primero. El denominado contrato de "gestión de carteras" que concertaron Raúl y Guadalupe con BBV Privanza, el 7 de abril de 2000, tenía por objeto la prestación de un servicio de inversión, que podría ubicarse en la letra d) del art. 63.1 LMV: «*gestión discrecional e individual de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los inversores*».

En aquel momento, en relación con la prestación de servicios de inversión, el art. 79 LMV imponía a las empresas que los prestaban que acomodaran su actuación a los siguientes principios y requisitos:

« a) *Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado.*

» b) *Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos.*

» c) *Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios.*

» d) *Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone.*

» e) *Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.»*

Esta normativa se complementaba con el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, que desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Estas empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

"1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión

y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos".

6. En desarrollo de este RD 629/1993, la Orden Ministerial de 25 de octubre de 1995 impuso el empleo de un contrato tipo para desarrollar la actividad de gestión de carteras, cuyo contenido debía ajustarse al cumplimiento de las reseñadas exigencias.

Por su parte, la Orden Ministerial de 7 de octubre de 1999 estableció un contenido mínimo más detallado de los contratos-tipo de gestión de carteras, al disponer en su art. 4 que su contenido debía abarcar, « como mínimo, a los siguientes aspectos:

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

Relación concreta y detallada de los diferentes tipos de operaciones y categorías de los valores o instrumentos financieros sobre los que recaerá la gestión y de los tipos de operaciones que se podrán realizar, en la que se distinguirán, al menos, las de valores de renta variable, de renta fija, otros instrumentos financieros de contado, instrumentos derivados, productos estructurados y financiados. Deberá constar la autorización del cliente en forma separada sobre cada uno de dichos valores, instrumentos o tipos de operación. #La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá establecer categorías adicionales de valores o instrumentos financieros o tipos de operaciones para su inclusión en los contratos a los efectos previstos en el párrafo anterior.

El compromiso del gestor de carteras de realizar una gestión discrecional e individualizada del patrimonio aportado por el cliente.

Identificación concreta de las cuentas de valores y de efectivo afectas a la gestión.

Mención expresa a que la gestión recaerá exclusivamente y no podrá superar en ningún momento, salvo en los supuestos y límites que establezca la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la suma de los dos conceptos siguientes:

o El patrimonio aportado inicialmente o en sucesivas ocasiones por el cliente.

o El importe de créditos obtenidos del gestor, si estuviera habilitado para ello, o de un tercero igualmente habilitado con esta finalidad.

La concesión de crédito por el gestor de cartera exigirá, en todo caso, la previa formalización del correspondiente documento contractual de crédito suscrito por el cliente y el acreditante.

El procedimiento a seguir para que el cliente pueda modificar los criterios generales de inversión.

Mención expresa a la necesidad de recabar autorización previa del cliente para realizar operaciones, y, en particular, en los casos en que la operación o inversión sobre valores o instrumentos financieros de los contemplados en las letras a), b) y c) del número Tercero, apartado 1, de la presente Orden, por sí, o sumadas a las posiciones de esos mismos valores o instrumentos financieros ya existentes en la cartera gestionada de un cliente, pueda representar más de un 25 % del importe total de la cartera gestionada.

Descripción de los principios que se seguirán en caso de prorrateo o distribución de operaciones entre clientes y de las políticas a seguir para resolver los conflictos de interés entre clientes.

Cuando la entidad gestora sea no residente deberá hacerse mención expresa al Fondo de Garantía de Inversiones al que está adscrita, o del sistema alternativo de garantía.

Forma de puesta a disposición del patrimonio de los clientes a la finalización del contrato.»

La Orden Ministerial de 7 de octubre de 1999 habilitó a la CNMV a desarrollar su contenido, aprobar los modelos normalizados de contratos-tipo y establecer los plazos para adaptar los contratos firmados con anterioridad a su entrada en vigor a los requisitos establecidos en ella.

La CNMV hizo uso de esta habilitación y dictó la Circular 2/2000, de 30 de mayo (BOE 13 de junio de 2000), que aprueba el modelo de contrato-tipo. Respecto del plazo para adaptar los contratos firmados con los clientes, la norma segunda de esta Circular establecía: «Las entidades que realicen la actividad de gestión de carteras deberán adaptar los contratos firmados con sus clientes al contenido de la Orden ministerial de 7 de octubre de 1999, de desarrollo del código general de conducta y normas de actuación en la gestión de carteras de inversión, en el plazo de cinco meses desde la fecha de entrada en vigor de la presente Circular.

» A solicitud de la entidad, la Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá autorizar la ampliación de este plazo hasta un máximo de otros tres meses adicionales.»

7. El contrato de gestión de carteras que concertaron los demandantes con BBV Privanza, el día 7 de abril de 2000, es anterior a la aprobación de esta Circular 2/2000, por lo que debía haberse adaptado al contrato-tipo, sin que conste dicha adaptación.

Según declara acreditado el tribunal de instancia, en julio de 2003, la entidad BBVA Privanza remitió una carta a Raúl y Guadalupe en la que les recordaba que estaban pendientes de firmar el nuevo contrato, para lo que podían pasarse por su oficina, y les indicaban: «la gestión de su cartera se viene realizando de acuerdo con un perfil "AGRESIVO", que es el reflejado en nuestros registros y que es el que seguiremos manteniendo salvo indicación suya en contrario».

El contrato no llegó a ser firmado por los demandados, ni consta que se hubiera preguntado a los clientes por el riesgo que deseaban asumir, y en concreto cual era su perfil inversor.

La falta de adaptación a la Circular 2/2000 del contrato de gestión de carteras inicialmente concertado día 7 de abril de 2000, impide que quedara constancia del cumplimiento de las garantías que subyacen a las exigencias de contenido del contrato-tipo impuestas por la reseñada normativa, entre las que destacan algunas previsiones que inciden en lo ocurrido (la pérdida del 70% del capital aportado a la cuenta), como es el perfil inversor y la relación concreta y detallada de los tipos de operaciones y categorías de valores o instrumentos

financieros sobre los que debía recaer la gestión. Sin que este contenido pudiera inferirse del contrato inicialmente concertado, que adolecía de estas concreciones. La mención contenida en el contrato a la discrecionalidad del banco en la gestión de la cartera no justifica que tras la entrada en vigor de la Circular 2/2000, dentro del plazo previsto en la norma, no se adaptara el contrato y, lo que es más relevante ahora, se cumplieran los requerimientos previstos en la Orden Ministerial de 1999, para proteger los intereses de los clientes. Una de estas exigencias tiene que ver con la determinación del perfil de riesgo escogido por el cliente. El banco entendió que era agresivo, sin que conste que los clientes hubieran optado por esta clasificación, y sin que pudiera deducirse esta aceptación del hecho de que no hubieran contestado a la carta de julio de 2003.

Como constata CNMV en su informe final de contestación a la reclamación formulada por Guadalupe, el contrato de 7 de abril de 2000 no establecía el perfil de riesgo de los titulares de la cartera, ni limitación en cuanto a los valores que se podían adquirir en el marco de la gestión de cartera contratada. De tal forma que el banco, al gestionar la cartera con un perfil de riesgo agresivo sin adaptar el contrato a las exigencias que subyacen al contrato-tipo previsto en la Circular 2/2000, ha llevado a cabo una actuación incorrecta, pues ha gestionado el patrimonio de los demandantes sobre la base de unas especificaciones y limitaciones que no estaban establecidas en el contrato firmado por las partes, y respecto de las que no hubo aceptación expresa de los clientes.

Esta actuación incorrecta del banco, que afecta al cumplimiento de la relación contractual de gestión de cartera que tenía concertada con los demandantes, sobre todo desde que debía haberse adaptado el contrato (5 meses desde la entrada en vigor de la Circular 2/2000, de 30 de mayo), les ha provocado un perjuicio, representado por las pérdidas sufridas con el tipo de gestión realizada, basada en un perfil agresivo de los titulares de la cuenta, que no consta hubiera sido aceptado por estos, y sin que se hubiera podido especificar el tipo de operaciones que se podían realizar y las limitaciones para evitar pérdidas excesivas. Esta gestión provocó que el capital aportado a la cartera objeto de gestión al firmar el contrato de 2000, 90.151,81 euros, en el año 2008 hubiera quedado reducido a 24.000 euros.

En consecuencia, procede casar la sentencia de apelación, tener por desestimado el recurso de apelación y confirmar la de primera instancia que condenaba al banco demandado a indemnizar a los demandantes en 66.151,81 euros.

Resulta innecesario analizar el resto de los motivos de casación.

Costas

8. Estimado el recurso de casación, no procede imponer las costas a ninguna de las partes (art. 398.2 LEC).

Desestimado el recurso de apelación, procede imponer a la parte apelante las costas de su recurso (art. 398.1 LEC).

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación formulado por la representación de Raúl y Guadalupe contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (sección 3^a) de 10 de julio de 2013, que dejamos sin efecto. En su lugar acordamos la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de San Sebastián de 19 de marzo de

2013 , cuya parte dispositiva confirmamos, con imposición de las costas de la apelación a la parte apelante.

No hacemos expresa condena de las costas del recurso de casación.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia de procedencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Francisco Marin Castan.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- Pedro Jose Vela Torres.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo**, 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.