



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia 400/2015, de 9 de julio de 2015*

*Sala de lo Civil*

*Rec. n.º 2511/2013*

#### **SUMARIO:**

**Contratos de intermediación financiera. Gestión discrecional de cartera de inversión de una SIMCAV. Pérdida derivada de la afectación del fraude Madoff a uno de los «hedge funds» en que se invirtió. Inexistencia de responsabilidad del gestor.** Las sociedades de inversión mobiliaria de capital variable (SIMCAV) tienen por objeto exclusivo la adquisición, tenencia, disfrute, administración en general de valores mobiliarios y otros activos financieros. En el presente caso, la demandante es una SIMCAV que había contratado con la sociedad demandada, ahora recurrida, la gestión discrecional de sus inversiones. Al respecto, la recurrente había autorizado que se invirtieran en «hedge funds» hasta el 10% de su capital, por lo que el riesgo que suponía una inversión de esta naturaleza entraba dentro de los autorizados por la demandante. La gestora invirtió un 4,49% en un subfondo que resultó afectado por el fraude financiero Madoff por lo que perdió todo su valor. En este sentido, la diligencia de la gestora discrecional de carteras de inversión ha de ponerse en relación con el global de las inversiones realizadas por cuenta de su cliente, por lo que no se puede considerar aisladamente una inversión concreta que no llegaba siquiera a la vigésima parte de la inversión total y cuya pérdida quedaba compensada de sobra con las ganancias obtenidas con otras inversiones realizadas por la entidad gestora en el periodo durante el que se desarrolló la relación contractual. Además, las obligaciones de la entidad recurrida derivadas del contrato de gestión discrecional de cartera de inversiones concertado con la demandante, no tenían naturaleza de una obligación de resultado de la que tuviera que responder ante la demandante del fracaso de la inversión salvo caso fortuito o fuerza mayor, sino de una obligación de medios.

#### **PRECEPTOS:**

Ley 1/2000 (LEC), arts. 302.1, 469.1.4.º y 477.1.

Código Civil, arts. 1.101, 1.104 y 1.105.

#### **PONENTE:**

*Don Rafael Saraza Jimena.*

#### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a nueve de Julio de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por BOND INVERSIONES, SIMCAV, S.A., representada ante esta Sala por el procurador don Emilio Martínez Benítez, contra la sentencia dictada el 22 de julio de 2013 por



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación núm. 1049/2011 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 124/2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 48 de Barcelona. Ha sido parte recurrida BNP PARIBAS ASSET MANAGEMENT SGIIC, representada ante esta Sala por el procurador don Ángel Rojas Santos.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### *Tramitación en primera instancia*

##### **Primero.**

El procurador don XAVIER RANERA CAHÍS, en nombre y representación de BOND INVERSIONES, SIMCAV, S.A. interpuesto demanda de juicio ordinario en reclamación de cantidad de 250.000 euros contra FORTIS GEBETA SGIIC, S.A. en la que solicitaba al Juzgado «se sirva dictar sentencia por la cual condene a la demandada al pago de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL EUROS (250.000 €), en concepto de daños y perjuicios, más los intereses legales devengados desde el 2 de enero de 2.008 hasta la fecha en que se dicte Sentencia y los intereses de demora a partir de dicha fecha, así como al pago de las costas causadas durante el procedimiento».

##### **Segundo.**

La demanda fue presentada el 1 de febrero y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 48 de Barcelona y fue registrada con el núm. 124/2010. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

##### **Tercero.**

La procuradora doña Begoña Sáez Pérez, en representación de FORTIS GEBETA SGIIC, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «terminar dictándose sentencia desestimando íntegramente la demanda y condenando en costas a la parte actora».

##### **Cuarto.**

Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 48 dictó sentencia de fecha 30 de mayo de 2011, con el siguiente fallo:

«Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Ranera Cahís en nombre y representación de Bond Inversiones SIMCAV, S.A. contra la entidad BNP Paribas Asset Management SGIIC debo condenar y condeno a la demanda a abonar a la actora la cantidad de 250.000 euros más el interés legal del dinero desde la fecha de la inversión el día 2 de Enero de 2008.

Todo ello con condena en costas a la parte demandada».

#### *Tramitación en segunda instancia*

##### **Quinto.**

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de BNP PARIBAS ASSET MANAGEMENT SGIIC.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

La resolución de este recurso correspondió a la sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 1049/2011 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 22 de julio de 2013 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación de BNP Paribas IP SGIIC antes FORTIS GESBETA SGIIC, S.A. contra la sentencia dictada en el Juzgado DE 1ª Instancia número 48 de Barcelona, de fecha 30 de mayo de 2011 y SE REVOCA la misma desestimando íntegramente la demanda interpuesta por BOND INVERSIONES SIMCAV, S.A. contra FORTIS GESBETA SGIIC, S.A. ahora BNP Paribas IP SGIIC, con imposición a la actora de las costas causadas en la instancia y sin imposición de las costas causadas en la alzada.»

*Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

#### **Sexto.**

El procurador don Ivo Ranera Cahís, en nombre y representación de BOND INVERSIONES SICAV, SA, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución ( artículo 469.1.4ª de la LEC). La valoración probatoria efectuada en la sentencia recurrida es ilógica, incurre en error notorio o clara equivocación y en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva».

El recurso de casación contiene un único motivo, «Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1 LEC)», que se divide en dos submotivos:

«1. Infracción de los artículos 1.101 y 1.104 del Código Civil. La sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo establecida en la sentencia del Pleno de la Sala Civil de 17 de abril de 2013.

2. Infracción del artículo 1.105 del Código Civil . Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo establecida en la sentencia del Pleno de la Sala Civil de 17 de abril de 2013 ».

#### **Séptimo.**

Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 1 de julio de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

« 1º) ADMITIR TANTO EL RECURSO DE CASACIÓN COMO EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos por la representación



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

procesal de "BOND INVERSIONES SICAV, S.A." contra la Sentencia dictada, en fecha 22 de julio de 2013, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 1049/2011 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 124/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 48 de Barcelona.

2º) Y entréguese copias del escrito de interposición del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal formalizados, con sus documentos adjuntos, a las partes recurridas personadas ante esta Sala, para que formalicen su oposición en el plazo de VEINTE DÍAS, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría».

#### **Octavo.**

Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición a la admisión del recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

#### **Noveno.**

Por providencia de 5 de mayo de 2015 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 17 de junio de 2015, a las 10:30 horas, en que ha tenido lugar.

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero. Antecedentes del caso.**

1. La demandante, "Bond Inversiones, SIMCAV, S.A." (en lo sucesivo, Bond), es una sociedad de inversión mobiliaria de capital variable (SIMCAV) que tiene por objeto exclusivo la adquisición, tenencia, disfrute, administración en general de valores mobiliarios y otros activos financieros. El 18 de abril de 1995 contrató con "Gesbeta, Sociedad Gestora de Instituciones de Inversión Colectiva, S .A." (actualmente, BNP Paribas Asset Management SGIIIC", en lo sucesivo, BNP Paribas) la gestión discrecional de sus inversiones.

BNP Paribas invirtió 250.000 euros, que suponían el 4,49% del total valor de la cartera de Bond, en un subfondo denominado "Landmark Investment Fund Ireland". Este subfondo resultó afectado por el fraude del financiero Teodulfo , por lo que perdió todo su valor.

En su demanda, Bond reclama a BNP Paribas que le indemnice la pérdida que le ha supuesto dicha inversión, por haber realizado una inversión en un subfondo que, en palabras de la demandante, «ha resultado ser la mayor estafa piramidal de la historia económica y financiera».

En su demanda, Bond alegaba que puede aceptar el riesgo del mercado, pero no el riesgo de estafa, porque supone la frustración del fin esencial del contrato de gestión discrecional de carteras. Argumentaba la demandante que BNP Paribas debió haber conocido o cuanto menos sospechado de la existencia de la estafa piramidal perpetrada por el Sr. Teodulfo . Según la demandante, solo el fallo de los «sistemas de supervisión y control de riesgos; los equipos de elevada cualificación técnica y amplia experiencia profesional; y el potente control de riesgos» que la demandada decía tener puede explicar la selección de un fondo de inversión «gestionado exclusivamente por un estafador que campaba a sus anchas sin ningún tipo de supervisión ni de control y que decía invertir en compañías del índice



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

"Standard & Poors 100" y en bonos del gobierno norteamericano cuando, en realidad y según consta en su propia declaración ante los Tribunales, jamás invirtió el más mínimo euro en ningún activo», pese a haber cobrado una importante comisión por la gestión de la cartera de Bond.

Decía Bond en su demanda que existía en el mercado de "hedge funds" (fondos de gestión libre) «un cabal conocimiento de la dudosa gestión financiera desempeñada por Teodulfo en los diferentes fondos que gestionaba», a cuyo efecto aportaba algunos artículos periodísticos que mostraban «como ya en el mes de mayo de 2001 existía toda una corriente de opinión formada por "traders", inversores profesionales, consultores, analistas cuantitativos, ejecutivos de "fund-of-funds", muchos de ellos familiarizados con la estrategia de inversión denominada "split-strike conversion" utilizada por Teodulfo , que dudaban muy seriamente de la consistencia de sus rentabilidades».

Pese a ello, BNP Paribas pasó por alto toda esta importante información, recomendando a su red de oficinas la compra del fondo "Landmark Investment Fund Ireland" sin reparar en la idoneidad y honestidad del único gestor del fondo, lo que chocaría, según la demandante, con la praxis del resto de los principales bancos de inversión norteamericanos, que rechazaron de plano la posibilidad de colaborar con Teodulfo , desconfiando que los métodos empleados pudieran ofrecer semejante rentabilidad sin ningún tipo de volatilidad y desconfiando de su falta de transparencia y consideraron directamente que la estrategia inversora de "Bernard L. Madoff Investment Securities" era un fraude. Aportaba también un artículo de prensa de quien calificaba como una "joven e inexperta periodista de 31 años" y de la denuncia interpuesta en noviembre de 2005 por quien calificaba como "experto en hedge funds Harry Markopoulos" ante la autoridad supervisora norteamericana, la "U.S. Securities and Exchange Commission (SEC)", acusando directamente de fraude piramidal a "Bernard L. Madoff Investment Securities".

Fundaba la acción de indemnización de daños y perjuicios en que en el cumplimiento de la obligación principal que asume el gestor de la cartera de valores, este ha de actuar de un modo diligente, de acuerdo con los parámetros establecidos al efecto, que son la profesionalidad, la onerosidad y la funcionalidad. Ello determina que tenga que operar como un intermediario financiero medio, con la preparación económica y jurídica suficiente para garantizar técnicamente un resultado positivo mínimo que es el mantenimiento del valor real de la cartera, y que haya de tutelar y vigilar continuamente la cartera de valores, de tal manera que diversifique los riesgos, evite al máximo los daños y obtenga la máxima rentabilidad posible.

Estas obligaciones contractuales habrían sido incumplidas por BNP Paribas pues la remuneración de dichos servicios no ha sido acorde con el trabajo realizado por la compañía demandada. Según alegaba Bond, «salta a la vista su falta de diligencia profesional al invertir el dinero de mi cliente en un fondo gestionado por un estafador y que no era más que una estructura piramidal vacía de todo patrimonio», lo que supondría el incumplimiento de las obligaciones inherentes al cobro de las comisiones por BNP Paribas.

2. Mientras que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda porque consideró que BNP Paribas había sido negligente en el cumplimiento del contrato de gestión discrecional de carteras por invertir los 250.000 euros de la SIMCAV demandante en el fondo que resultó afectado por la estafa del Sr. Teodulfo , la Audiencia Provincial, ante la que BNP Paribas interpuso recurso de apelación, rechazó el criterio del Juzgado de Primera Instancia, consideró que BNP Paribas había observado diligencia suficiente habida cuenta del prestigio y solidez del depositario y administrador del fondo HSBC, el gestor M&B Capital



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Advisers, S.V. y la auditora PriceWaterhouse, habida cuenta de que el broker-dealer Madoff Securities se encontraba debidamente registrado en la SEC.

3. Bond ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra dicha sentencia.

*Recurso extraordinario por infracción procesal*

**Segundo.** *Formulación del motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.*

1. El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza con el siguiente enunciado: «Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución (artículo 469.1.4ª de la LEC). La valoración probatoria efectuada en la sentencia recurrida es ilógica, incurre en error notorio o clara equivocación y en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva».

2. El motivo se fundamenta en que la Audiencia Provincial ha incurrido en un grave error en la valoración de la prueba pues la representante de BNP Paribas, en su interrogatorio, manifestó que la coincidencia de los cargos de subcustodio y gestor del fondo «es un problema, eso es una barbaridad y si nosotros hubiéramos visto eso, ... pero nosotros y cualquier regulador, si eso se hubiera sabido y hecho público nadie hubiera invertido ahí».

Estando probada la confluencia en el Sr. Teodulfo de los cargos de subcustodio y gestor del fondo, el no haber tomado en consideración la respuesta dada por la representante de BNP Paribas para determinar la existencia de una grave negligencia determinante de responsabilidad supone un error notorio o una clara equivocación en la valoración de la prueba.

**Tercero.** *Decisión de la Sala. Desestimación del motivo.*

1. La prueba de interrogatorio de parte tiene por finalidad la fijación de los hechos relevantes para la decisión del litigio cuando estos resultan controvertidos. Su objeto, por tanto, no son juicios de valor, sino hechos. De ahí que el último inciso del art. 302.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular el contenido del interrogatorio de parte, establezca que las preguntas «[n]o habrán de incluir valoraciones ni calificaciones, y si éstas se incorporaren se tendrán por no realizadas».

2. La declaración (en realidad, una parte pequeña de la declaración) en la que centra la recurrente su impugnación no se pronuncia sobre ningún hecho, sino sobre un juicio de valor sobre la diligencia o falta de diligencia de una determinada conducta.

Diffícilmente puede por tanto fundarse una denuncia de error notorio en la valoración de la prueba en el hecho de que el tribunal no tome en consideración una opinión de la parte, aunque pueda perjudicarle.

3. Tanto más cuando las conclusiones que la recurrente pretende extraer de estas concretas frases de la declaración de la representante de la demandada (que una inversión como la que se hizo era una barbaridad y que nadie la hubiera hecho) se contradice con las propias afirmaciones de la demandante sobre que el fraude del financiero Teodulfo fue el mayor jamás cometido en los "hedge funds".



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Además, el tribunal de apelación ha tomado en consideración otros extremos acreditados para realizar el enjuiciamiento sobre la observancia de la necesaria diligencia por parte de BNP Paribas, a los que se hará referencia al resolver el recurso de casación.

4. La recurrente pretende convertir en un error notorio determinante de indefensión lo que es una simple imprecisión al decir «los representantes de la demandada, en concreto el Sr. Juan Miguel». Siendo claro que solo hubo un interrogatorio de la parte demandada, en la persona de D<sup>a</sup> Carina, la referencia Don. Juan Miguel como "representante" de la demandada es una simple imprecisión, en tanto que el mismo era empleado de la demandada.

5. Por otra parte, la infracción que se denuncia está relacionada con una cuestión (la coincidencia de cargos en el "hedge fund") que, como pone de relieve una y otra vez la parte demandada al oponerse al recurso, y como se verá con mayor detenimiento al tratar el recurso de casación, pese a la importancia trascendental que ahora se le pretende dar, no fue siquiera alegada en la demanda, que centró la negligencia de la demandada en otras cuestiones.

#### *Recurso de casación*

#### **Cuarto. Formulación de los motivos del recurso de casación.**

1. Aunque se alega formular un único motivo de casación (quizás por la confusión que genere el hecho de que el art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establezca que «[e]l recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso»), se formulan dos "submotivos" en los que se denuncian infracciones legales distintas.

2. El primer submotivo del recurso de casación se encabeza con el siguiente epígrafe: «Infracción de los artículos 1.101 y 1.104 del Código Civil. La sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo establecida en la sentencia del Pleno de la Sala Civil de 17 de abril de 2013 ».

3. En la fundamentación del submotivo se alega que BNP Paribas no valoró la estrategia de inversión del "hedge fund" porque no podía hacerlo ya que "no conocían la fórmula secreta", no valoraron la estructura legal del fondo porque en el mismo el Sr. Teodulfo actuaba como subcustodio y gestor de los activos, lo que la propia representante de la demandada calificó como "barbaridad" y determinante de que nadie hubiera invertido en el mismo, siendo contrario a la normativa española.

La sentencia de la Audiencia Provincial, al haber considerado que no existió negligencia por parte de la demandada, habría infringido la doctrina sentada en la sentencia de la Sala 1<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2013 .

5. El segundo submotivo del recurso de casación se encabeza así: «Infracción del artículo 1.105 del Código Civil. Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo establecida en la sentencia del Pleno de la Sala Civil de 17 de abril de 2013 »

6. La recurrente impugna en este motivo las consideraciones que en la sentencia de la Audiencia Provincial se hacen sobre la dificultad de detección del fraude del Sr. Teodulfo por



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

cuanto que empleaba técnicas de fraude delictivo, negando que, por las circunstancias concurrentes, pueda aplicarse la figura del caso fortuito o la fuerza mayor.

**Quinto. Decisión de la Sala. Inexistencia de la infracción legal denunciada.**

1. La invocación que hace la recurrente de la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 240/2013, de 17 de abril, es incorrecta por cuanto que las razones que fundamentaron aquella sentencia no son aplicables a las circunstancias que concurren en el caso objeto del recurso. En aquella sentencia se consideró irrelevante que la pérdida de la inversión se hubiera debido a la conducta criminal de un tercero, distinto de la empresa de inversión demandada porque esta realizó una inversión no ajustada al perfil conservador del cliente y le hizo correr un riesgo que el cliente, contractualmente, había excluido.

En el caso objeto del presente recurso, la demandante es una SIMCAV y ha reconocido que había autorizado que se invirtieran en "hedge funds" hasta el 10% de su capital, por lo que el riesgo que suponía una inversión de esta naturaleza entraba dentro de los autorizados por la demandante.

2. Sentado lo anterior, la demandada pone de manifiesto, y este tribunal no puede obviarlo, que la cuestión en la que se centra el recurso de la demandante no fue planteada en la demanda, por lo que, dada la trascendencia fundamental, y no meramente accesoria o complementaria de las cuestiones planteadas en la demanda, que se le atribuye en el recurso, constituye en realidad una cuestión nueva en tanto que no fue planteada adecuadamente en la demanda y fue introducida en el litigio con posterioridad.

3. Por otra parte, por más que no puedan compartirse algunas de las aseveraciones de la sentencia recurrida, la misma toma en consideración determinados parámetros a la hora de enjuiciar la diligencia de BNP Paribas, que se consideran adecuados para enjuiciar el cumplimiento de los estándares de diligencia exigibles a una gestora discrecional de carteras de inversión.

La demanda se circunscribe a una inversión fallida que suponía menos del 5% de la SIMCAV en el momento en que fue efectuada. Pero la Audiencia Provincial toma en consideración, a efectos de enjuiciar la eficiencia con la que BNP Paribas gestionó la cartera de la SIMCAV, que en el periodo durante el que se desarrolló la relación contractual (1989 a 2009) el rendimiento total de la cartera gestionada fue de un 136,06%, y el rendimiento anual medio obtenido fue de un 6,86%. Por tal razón, el quebranto patrimonial que para la SIMCAV demandante supuso esa inversión fallida no llegó siquiera al importe del rendimiento anual medio obtenido por la gestora demandada.

También menciona la Audiencia Provincial que varios meses antes del descubrimiento del fraude que supuso la pérdida de la inversión en ese "hedge fund", la SIMCAV demandante decidió cambiar de gestora de su cartera, dejando a BNP Paribas y encomendando la gestión de su cartera a Sabadell-Urquijo, quien en septiembre de 2008 (o sea, unos tres meses antes del descubrimiento del fraude) contactó con el gestor del "hedge fund", sin que procediera a dar la orden de venta respecto de dicho "hedge fund".

4. Por otra parte, no puede obviarse tampoco que, en su demanda, la SIMCAV demandante configuraba la obligación de la gestora discrecional de su cartera de inversiones como una obligación de resultados, y no solo respecto del balance total de las inversiones (cuyos rendimientos, como se recoge en la sentencia de la Audiencia Provincial, superaron



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

ampliamente las pérdidas que supuso esa inversión fallida), sino de todas y cada una de las inversiones en particular, de modo que el simple hecho de que el "hedge fund" relacionado con la empresa del Sr. Teodulfo fuera una estafa piramidal supondría que no se habían analizado correctamente las características y riesgos de tal inversión y obligarían a la gestora a indemnizar a su cliente.

Como se ha expuesto anteriormente, la diligencia de la gestora discrecional de carteras de inversión ha de ponerse en relación con el global de las inversiones realizadas por cuenta de su cliente, no siendo correcto considerar aisladamente una inversión concreta que no llegaba siquiera a la vigésima parte de la inversión total y cuya pérdida queda compensada de sobra con las ganancias obtenidas. La diligencia de la gestora no puede medirse por el resultado de la inversión sino por la observancia de los parámetros profesionales exigibles, que no se vulneran porque se hayan obviado aislados artículos de prensa publicados tiempo atrás o por una denuncia al organismo de supervisión de Estados Unidos que este no atendió, ni porque BNP Paribas desconociera el secreto empresarial que decía tener el Sr. Teodulfo para gestionar las inversiones con altos rendimientos, puesto que el carácter reservado es propio de todo secreto empresarial, por más que finalmente este no fuera sino un fraude criminal.

**5.** Tampoco puede estimarse el segundo submotivo del recurso. Como se ha dicho, las obligaciones de BNP Paribas, derivadas del contrato de gestión discrecional de cartera de inversiones concertado con la SIMCAV demandante, no tenían la naturaleza de una obligación de resultado, de modo que hubieran de responder ante la demandante del fracaso de la inversión salvo caso fortuito o fuerza mayor.

Era una obligación de medios en la que la Audiencia Provincial no ha apreciado ningún incumplimiento contractual relevante y por ello ha desestimado la pretensión indemnizatoria de la demandante, no porque haya aplicado la institución del caso fortuito o la fuerza mayor.

Asimismo, como se ha expresado anteriormente, la doctrina contenida en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 240/2013, de 17 de abril, no es aplicable a este recurso por cuanto que las circunstancias relevantes en uno y otro caso (inversión de riesgo que se contrata para un cliente conservador en contra de las preferencias que ha expresado en el contrato, en aquella sentencia, SIMCAV que tiene autorizado la inversión de parte de su capital en un "hedge fund", en este) son completamente diferentes

Por tal razón el motivo ha de ser también desestimado

#### **Sexto. Costas y depósitos.**

**1.** De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a la recurrente.

**2.** Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

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

**CEF.-**

**Revista práctica del  
Derecho CEFLegal.-**



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

### **FALLAMOS**

1. Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por "Bond Inversiones, SIMCAV, S.A." contra la sentencia de fecha 22 de julio de 2013 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, en el recurso de apelación núm. 1049/2011 .

2. Imponer a la expresada recurrente las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

Líbrense al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-

Ignacio Sancho Gargallo.-Francisco Javier Orduña Moreno.-Rafael Saraza Jimena.-  
Sebastian Sastre Papiol.- Rubricados.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Rafael Saraza Jimena, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.