



Roj: **STS 3741/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3741**

Id Cendoj: **28079110012014100437**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/09/2014**

Nº de Recurso: **2528/2012**

Nº de Resolución: **444/2014**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 1520/2012,**  
**STS 3741/2014**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a tres de Septiembre de dos mil catorce.

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 sección 3ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Santa Cruz de Tenerife.

El recurso fue interpuesto por la entidad NCG Banco S.A. (antes Caixa de Ahorros de Vigo, Ourense y Pontevedra -Caixanova-), representada por el procuradora Rafael Silva López.

Es parte recurrida la entidad Perica IV, S.L., representada por la procuradora Soledad Valles Rodríguez.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Tramitación en primera instancia**

1. La procuradora Isabel Lage Martínez, en nombre y representación de la entidad Perica IV, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Santa Cruz de Tenerife, contra la entidad Caixa de Ahorros de Vigo, Ourense y Pontevedra -Caixanova-, para que se dictase sentencia:

*"1º) Se declare que la entidad demandada ha incumplido sus obligaciones legales y contractuales a la hora de proteger los intereses de su cliente en relación con el producto Hedge Fund Caixanova.*

*2º) Declare que como consecuencia de dicho incumplimiento, la demandante ha sufrido daños y perjuicios de índole patrimonial susceptibles de indemnización.*

*3º) Condene a la demandada a abonar a la demandante el importe de seiscientos noventa y dos mil seiscientos (692.600,00 ?) euros por los daños y perjuicios ocasionados en concepto de rentabilidad dejada de percibir por el incumplimiento por parte de la demandada de las órdenes de reinversión dadas por la actora, así como por la depreciación del capital invertido en el contrato de cuenta depósito Hedge Fund Caixanova.*

*Y todo ello con expresa condena a la demandada de las costas causadas en este proceso."*

2. La procuradora Renata Martín Vedder, en representación de la entidad Caixa de Ahorros de Vigo, Ourense e Pontevedra, Caixanova, contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

*"por la que: 1.- Se desestime íntegramente la demanda contra mi representada, con imposición de costas a la parte demandante.*



2.- Subsidiariamente y para el caso de que se estimase la demanda, admita la alegación de compensación de deuda prevista en el art. 408 de la LECV, en la forma indicada en el hecho sexto del presente escrito de contestación."

3. El Juez de Primera Instancia núm. 9 de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia con fecha 21 de noviembre de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Que estimando la demanda de Perica IV S.L. contra NCG Banco S.A., debo condenar a esta a abonarle 692.600 euros y las costas del proceso."

#### **Tramitación en segunda instancia**

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad NCG Banco, S.A. (antes Caixa de Ahorros de Vigo, Ourense e Pontevedra, Caixanova).

La resolución de este recurso correspondió a la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, mediante Sentencia de fecha 20 de junio de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS: 1º) Desestimamos el recurso interpuesto por la entidad mercantil demandada NCG Banco S.A.

2º) Confirmamos la sentencia apelada.

3º) Imponemos a la referida parte apelante las costas de esta alzada."

#### **Interposición y tramitación del recurso de casación**

5. La procuradora Renata Martín Vedder, en representación de la entidad NCG Banco S.A. interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 3ª.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción de los arts. 1866 y 1871 del Código Civil en relación con el derecho del acreedor a retener la cosa dada en prenda hasta que se le pague el crédito y la obligación del deudor de no poder pedir su restitución contra la voluntad del acreedor mientras no pague la deuda.

2º) Infracción por inaplicación del art. 79 de la Ley del Mercado de Valores en relación con el art. 2 del mismo Texto Legal .

3º) Infracción de los arts. 1195 , 1196 y 1202 del Código Civil ."

6. Por diligencia de ordenación de 21 de septiembre de 2012, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, 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 por término de treinta días.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la entidad NCG Banco S.A., representada por el procurador Rafael Silva López; y como parte recurrida la entidad Perica IV, S.L., representada por la procuradora Soledad Valles Rodríguez.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 10 de septiembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de "NCG BANCO, S.A." contra la sentencia dictada con fecha 20 de junio de 2012, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 3ª), en el rollo de apelación nº 270/2012 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 469/2010 del Juzgado de primera instancia nº 9 de Santa Cruz de Tenerife."

9. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Perica IV S.L., 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 9 de julio de 2014, 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.

La demandante Perica IV, S.L. es una sociedad cuyo objeto social consiste en la actividad de promoción, construcción y explotación de complejos inmobiliarios y turísticos.



Perica IV había suscrito, en mayo de 2006, un préstamo a promotor con garantía hipotecaria, con Caixa de Ahorros de Vigo, Ourense y Pontevedra (Caixanova), por un importe de 10.338.483,50 euros, para financiar la construcción de un complejo inmobiliario de 149 apartamentos en el Sur de Tenerife. De la cantidad objeto del préstamo, Perica IV tan sólo dispuso 8.000.000 euros.

Con posterioridad, Perica IV contrató con Caixanova los siguientes productos financieros, por un capital global de 4.600.000 euros: Depósito Hedge Fund Caixanova (suscrito el 10 de mayo de 2006), por un importe de 3.000.000 euros; Fondo de Inversión JPM Eastern Europe Equity, por un importe de 400.000 euros; Fondo de Inversión JPM Europe Small Cap Fund, por un importe de 40.000 euros; Fondo de Inversión JPM Global Balanced, por un importe de 160.000 euros; Fondo de Inversión JPM Global Capital Preserv., por un importe de 240.000 euros; Fondo de Inversión Global Na. Resources, por un importe de 400.000 euros, Fondo de Inversión Parvest Converging Europe, por un importe de 40.000 euros; Fondo de Inversión Parvest European Convert, por un importe de 160.000 euros; y Fondo de Inversión Parvest Target Return, por un importe de 160.000 euros.

2.000.000 euros del Depósito Hedge Fund Caixanova, quedaron pignorados para garantizar la devolución del préstamo hipotecario.

El 30 de junio de 2006, Perica IV concertó con Caixanova una póliza de crédito y una línea de avales, con un límite cada una de ellas de 2.300.000 euros, en garantía de las cuales se pignoraron los mencionados fondos de inversión.

Alrededor de julio de 2007 y también en los meses posteriores, cuando se habían revalorizado las inversiones, Perica IV fue dando órdenes de venta de los productos financieros.

Respecto del Hedge Fund Caixanova, en octubre de 2007, Perica IV pidió información y el gestor de inversiones, Sr. Gumersindo , por un correo de 23 de octubre, le manifestó que el valor de reembolso a esa fecha era de 100,18%. Al día siguiente, el 24 de octubre, Perica IV cursó una orden de venta de este fondo. Pero Caixanova tan sólo atendió a la venta de 2.000.000 euros del reseñado fondo, y dejó el otro millón de euros pendiente de cancelación, porque estaba vinculado a la póliza de crédito y a la línea de avales.

El 14 de noviembre y el 5 de diciembre de 2007, Perica IV reiteró la orden de venta, que no fue atendida.

El 5 de diciembre de 2007, Perica IV pidió que el importe depositado en el Fondo fuera invertido en otros dos productos, JP Morgan Funds (1.400.000 euros y 1.500.000 euros, respectivamente), que daban en ese momento muy buena rentabilidad. Esta instrucción la volvió a reiterar el 30 de enero y el 21 de febrero de 2008, sin que fuera atendida por Caixanova.

Caixanova tardó un tiempo en vender la participación de 1.000.000 euros pendiente del Hedge Fund Caixanova, y cuando lo hizo había sufrido una depreciación de 85.500 euros.

Los productos de JP Morgan Funds, respecto de los que la demandante dirigió las órdenes de compra, en junio de 2008, si se hubiera atendido a dichas órdenes, le habrían reportado a Perica IV una rentabilidad de 607.100 euros.

**2.** Perica IV dirigió una demanda contra Caixanova en la que le reclamaba la indemnización de los daños y perjuicios por no haber atendido a sus instrucciones y haber realizado las operaciones de venta según sus exclusivos intereses y no los de su cliente. La suma reclamada por los daños y perjuicios eran los beneficios que hubiera podido obtener si se hubiera atendido a la orden de compra de JP Morgan Funds, que cifra en 607.100 euros, y la depreciación sufrida por la participación de 1.000.000 euros de Hedge Fund Caixanova, que tardó en vender, que asciende a 85.500 euros.

**3.** Caixanova se opuso a la demanda, porque entendió que el Hedge Fund Caixanova estaba pignorado para garantizar la póliza de crédito y la póliza de avales, y con motivo del incumplimiento de estas obligaciones, se ejecutó el depósito, sin que con ello se hubiera cubierto toda la deuda, ya que restaba un saldo deudor de 99.552,85 euros. De tal forma que, a su juicio, carece de sustento que se reclamen daños y perjuicios por no atender a una orden de venta de un producto que estaba pignorado en garantía de las obligaciones descritas y que ante el incumplimiento de estas se procedió por Caixanova a la ejecución de la prenda.

Subsidiariamente, Caixanova pidió que se compensara la cantidad reclamada con el saldo deudor derivado del préstamo hipotecario, que ascendía a 4.739.610,63 euros, y el saldo deudor de la póliza de crédito de 99.552,85 euros.

**4.** La sentencia de primera instancia entendió que: "la demandada hizo y deshizo a su antojo; pignoró y despignoró priorizando sus intereses propios (reducir el préstamo ante el avance de la crisis) frente a los de su cliente (reinvertir en fondos JP Morgan al alza en ese momento); y desatendió la orden de venta de 24 de octubre de 2007, provocando el lucro cesante y la depreciación concretadas en el hecho cuarto de la



demanda que la demandada no contraviene, debiendo responder conforme a los arts. 79 y siguientes LMV; 1094, 1100, 1106, 1182, 1867 CC y concordantes del Código de Comercio". También argumentó que, conforme a lo acreditado, no era cierto que la demandada desatendiera la orden de pago porque hubiera ejecutado la garantía, pues la ejecución de la garantía ocurrió un año y medio después de que hubiera recibido la orden de venta. Consiguientemente, estimó la demanda y condenó a la demandada al pago de la indemnización solicitada.

El juez de primera instancia no atendió a la petición de compensación porque no se cumplían los requisitos del art. 1196 CC, ya que la reclamación hipotecaria se encontraba sub iudice.

5. Recurrída en apelación, la audiencia pone en evidencia la injustificación de la razón aducida por Caixanova para no atender a la orden de venta, porque en garantía de las pólizas de crédito y de líneas de avales se pignoraron no sólo el Hedge Fund Caixanova, sino también el resto de los productos financieros, y sin embargo se atendió a todas las órdenes de venta salvo, parcialmente, la del Hedge Fund alegando que estaba pignorada. La sentencia de apelación confirma la argumentación del juzgado de primera instancia y considera que Caixanova no se ha ajustado en su actuación al principio de prioridad del interés del cliente, que prevé el art. 79 LMV, en la redacción aplicable al caso.

También confirma la improcedencia de la compensación porque el crédito que se pretende compensar está siendo objeto de ejecución, en un procedimiento de ejecución hipotecaria que además va dirigido también frente a otra entidad ajena a la presente litis.

6. Caixanova (en la actualidad, NCG Banco, S.A.) recurre en casación la sentencia de apelación, sobre la base de tres motivos. Los dos primeros motivos guardan relación y serán abordados conjuntamente. El tercero, que se refiere a la compensación, será analizado en caso de desestimación de los dos primeros.

#### **Motivo primero de casación**

7. *Formulación de los motivos primero y segundo*. El motivo primero se funda en la infracción de los arts. 1866 y 1871 CC, en relación con el derecho que tiene el acreedor a retener la cosa dada en prenda hasta que se le pague el crédito y la limitación del deudor de no poder pedir su restitución contra la voluntad del acreedor, mientras no se pague la deuda.

En el desarrollo del motivo se argumenta que la póliza expresamente prevé que, mientras existan obligaciones pendientes, la parte pignorante no podrá efectuar ninguna disposición del saldo de la cuenta Hedge Fund, ni tampoco ceder, vender, transmitir, gravar o disponer los derechos de crédito pignorados, salvo con autorización expresa de la Caja. De tal forma que existía una imposibilidad de disponer del depósito mientras no constasen canceladas las obligaciones garantizadas, así como la facultad de Caixanova, en caso de incumplimiento de Perica IV, de ejecutar la prenda sobre el depósito Hedge Fund, dando por vencido éste de forma anticipada.

La sentencia objeto de recurso, al considerar que se ha causado perjuicio al demandante por no haberse atendido a la orden de venta del depósito Hedge Fund pignorado, contraviene lo dispuesto en los arts. 1866 y 1871 CC.

El motivo segundo se basa en la aplicación indebida del art. 79 LMV, en relación con el art. 2 LMV, porque el producto contratado por el cliente era un depósito con el capital garantizado a su vencimiento, razón por la cual no estaba comprendido dentro del ámbito de esa Ley. Y vuelve a insistir que el producto estaba pignorado en garantía de obligaciones contraídas por la demandante, por lo que el principio de prioridad del interés del cliente al que se refiere la sentencia objeto de recurso ha de quedar en un segundo plano, si atendemos a que la prenda está sujeta a las normas del Código Civil antes denunciadas como infringidas y a los propios pactos alcanzados por las partes.

Procede estimar los dos motivos por las razones que exponemos a continuación.

8. *Estimación de los motivos primero y segundo*. La acción de responsabilidad civil ejercitada lo es por los daños y perjuicios ocasionados en el curso de la relación de prestación de servicios financieros, en concreto, de gestión de fondos. La conducta habría consistido en haber desatendido las órdenes de venta de uno de los productos financieros adquiridos, el Hedge Fund Caixanova, y la orden de compra de otros productos, en atención a los propios intereses de Caixanova. Se funda exactamente en el art. 79 LMV, que regulaba los principios y requisitos a los que debían acogerse las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúan en el Mercado de Valores, tanto al recibir y ejecutar órdenes, como al asesorar sobre inversiones en valores, entre los que se encuentra reducir al máximo los conflictos de intereses y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes.

El mero hecho de que el depósito Hedge Fund Caixanova fuera propio de la entidad gestora de fondos demandada, y que el capital estuviera garantizado a su vencimiento, no excluye este producto financiero del



ámbito de aplicación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante, LMV), tal y como viene regulado en su art. 2 .

En realidad, se trata de juzgar si el incumplimiento de las órdenes de venta y de compra, teniendo en cuenta que el depósito estaba pignorado para garantizar dos operaciones de crédito concedidas por Caixanova a Perica IV, constituyó una infracción de los reseñados deberes impuestos por el art. 79 LMV a la demandada. Esto es, si estaba justificado que Caixanova se negara a cumplir con las órdenes de venta y de compra, porque ese producto financiero estaba pignorado.

El recurso invoca la infracción de los arts. 1866 y 1871 CC , aplicables con carácter general a todos los derechos de prenda, y sin perjuicio de las singularidades de los regímenes especiales y de lo pactado. Conforme al art. 1866 CC , " *el contrato de prenda da derecho al acreedor para retener la cosa en su poder o en el de la tercera persona a quien hubiese sido entregada* ". Y el art. 1871 CC niega al deudor el derecho a " *pedir la restitución de la prenda contra la voluntad del acreedor mientras no se pague la deuda y sus intereses, con las expensas en su caso* " .

La prenda constituida sobre el Hedge Fund Caixanova, que tras la venta parcial de 2.000.000 euros permaneció sobre la cantidad resultante de la venta y sobre el depósito Hedge Fund que restaba, era una garantía financiera, que se regía por el RDL 5/2005, a la vista de lo regulado en sus arts. 6 y 7 .

El art. 9.1 DL 5/2005 regula que, "*(c) uando el acuerdo de garantía financiera lo prevea y en los términos que éste establezca, el garante podrá ejercer, no más tarde de la fecha de cumplimiento de las obligaciones financieras principales cubiertas por el acuerdo de garantía, un derecho de sustitución del objeto de aquélla, consistente en poder hacer uso del objeto de dicha garantía financiera, contra la simultánea aportación de un objeto que sustancialmente tenga el mismo valor para que sustituya el inicial*".

Tal y como se argumenta en el recurso, la cláusula tercera de la póliza por la que se pignoró el depósito Hedge Fund Caixanova en garantía de las obligaciones asumidas por Perica IV en las pólizas de crédito y de línea de avales expresamente prevé, en su apartado 5, que "mientras existan obligaciones pendientes derivadas de esta póliza, la parte pignorante no podrá efectuar ninguna disposición del saldo de la cuenta Hedge Fund (...), ni podrá ceder, vender, transmitir, gravar o disponer en modo alguno, los derechos de crédito pignorados, salvo autorización de la Caja".

De este modo, para que Perica IV pudiera sustituir el objeto de la prenda, en este caso el depósito Hedge Fund Caixanova, por otro, como de hecho pretendía, necesitaba de la autorización expresa de la acreedora pignorataria, que era Caixanova.

Entraba dentro de la facultad discrecional de la demandada acceder a la orden de venta de los otros productos financieros, para sustituir el objeto de la garantía por el resultado obtenido, e incluso una parte del depósito Hedge Fund Caixanova (el correspondiente al capital de 2.000.000 euros), y denegar la autorización para vender la otra parte del depósito Hedge Fund, pues estaban pendientes las obligaciones garantizadas. Del mismo modo, podía negarse a sustituir el objeto de la garantía, en este caso el Hedge Fund Caixanova, por otro producto financiero pretendido por el pignorante. Esto es, la negativa a acceder a aquellas órdenes de venta y de compra constituyen el ejercicio de un derecho propio, como acreedor pignoraticio, sin que tal ejercicio pueda juzgarse, como hizo el tribunal de instancia, como una actuación contraria a las exigencias que como gestora de fondos le imponía el art. 79 LMV. En este contexto, cabe apreciar la infracción del art. 1866 CC , en la medida en que el derecho de retención sobre el objeto de la garantía queda complementado por lo dispuesto en el reseñado art. 9 RDL 5/2005 y por lo convenido en la póliza por la que se constituye la prenda.

Consecuentemente, no cabe apreciar ninguna actuación dolosa o culposa por parte de la demandada, al no acceder a las órdenes de venta y de compra que afectaban al objeto de la garantía financiera, por lo que procedía la desestimación de la pretensión indemnizatoria contenida en la demanda.

### **Efectos de la casación**

**9.** La estimación del recurso de casación conlleva dejar sin efecto la sentencia recurrida y, en su lugar, estimar el recurso de apelación, en el sentido de revocar la sentencia de primera instancia y absolver a la demandada de las pretensiones contenidas en la demanda, con imposición de las costas a la parte demandante.

**10.** La estimación del recurso de casación y del recurso de apelación justifica que, al amparo del art. 398.2 LEC , no imponamos las costas generadas por cada uno de estos recursos.

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 NCG Banco, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 3ª) de 20 de junio de 2012 (rollo núm. 270/2012), que dejamos sin efecto. En su lugar, acordamos la estimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de NCG Banco, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Santa Cruz de Tenerife de 21 de noviembre de 2011 (juicio ordinario núm. 469/2010), y absolvemos a la demandada NCG Banco, S.A. de las pretensiones contra ella ejercitadas en la demanda, con imposición de la costas de la primera instancia a la parte demandante.

No imponemos las costas generadas por los recursos de apelación y de casación a ninguna de las partes.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia 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 .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Ignacio Sancho Gargallo.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- 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.