



Roj: **STS 3249/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3249**

Id Cendoj: **28079110012019100526**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/10/2019**

Nº de Recurso: **998/2017**

Nº de Resolución: **549/2019**

Procedimiento: **Recurso extraordinario infracción procesal**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 13265/2016,**
STS 3249/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 549/2019

Fecha de sentencia: 18/10/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 998/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/10/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoprimer

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 998/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 549/2019

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 18 de octubre de 2019.

Esta sala ha visto los recursos extraordinarios por infracción procesal y los recursos de casación respecto de la sentencia de 20 de octubre de 2016, dictada en grado de apelación por la Sección Vigésimoprimer de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1127/2009 del Juzgado de Primera Instancia núm. 87 de Madrid, sobre reclamación de cantidad.

Son partes recurrentes y recurridas Air Complet S.L., D.^a Bibiana, Amt Godoy Services S.L., D. Arturo, D.^a Carlota, D.^a Cecilia, D. Bernardino por sucesión procesal de D. Carlos, Caysitos S.L., D.^a Edurne y D. Claudio, D.^a Encarna, D.^a Enriqueta, D. Desiderio, D. Domingo, D. Edemiro y D.^a Evangelina, D. Elias, D. Emilio, D. Erasmo, D. Esteban, D. Eulogio, D.^a Herminia por sucesión procesal de D. Fausto, D.^a Isidora, D.^a Julia, D. Fructuoso, D.^a Leticia, D. Germán, D. Gines, D. Guillermo, Giraplus S.L., D. Heraclio y D.^a Marina, D. Humberto, D. Isidoro, La Corona S.A., D. Iván, D.^a Noelia, D.^a Ofelia, D. Juan y D.^a Paulina, D. Laureano y D.^a Purificación, D.^a Ramona, D. Luciano, D. Manuel, D. Marcos, D. Mario y D.^a Santiago, D. Maximo y D.^a Sonia, D. Nicolas, D. Octavio, D. Oscar y D.^a Vanesa, Transgestión Integral S.L., D.^a Virtudes y D. Porfirio, representados por el procurador D. Ernesto García-Lozano Martín y bajo la dirección letrada de D. Jordi Ruiz de Villa Jubany.

Es parte recurrente y recurrida Bankinter S.A., representada por la procuradora D.^a María del Rocío Sampere Meneses y bajo la dirección letrada de D. Manuel Muñoz García-Liñán.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Ernesto García-Lozano Martín, en nombre y representación de Air Complet S.L., D.^a Bibiana, Amt Godoy Services S.L., D. Jesús Luis, D.^a Luisa, D. Arturo, D. Aureliano, D.^a Carlota, D.^a Miriam y D. Isaac, D.^a Carmela, D.^a Cecilia, D. Carlos, D.^a Edurne y D. Claudio, Caysitos S.L., D.^a Encarna, D.^a Enriqueta, D. Desiderio, D. Domingo, D. Edemiro y D.^a Evangelina, D.^a Emilia y D. Jose Miguel, D. Elias, D. Carlos Manuel y D.^a Guadalupe, D. Emilio, D.^a Modesta y D. Apolonio, D. Artemio, D.^a Reyes, Decoración y Revestimientos de Córdoba S.L., D. Erasmo, D. Candido, D. Esteban, D. Eulogio, D. Fausto, D.^a Isidora, D.^a Julia, D. Fructuoso, D.^a Leticia, D.^a Antonia, D. Epifanio, D. Germán, D. Gines, D. Fermín, D. Guillermo, D.^a Aurora, Giraplus S.L., D. Heraclio y D.^a Carolina, D. Ismael, D.^a Clemencia, D. Isidoro, D. Joaquín y D.^a Daniela, D.^a Diana y D.^a Elisabeth, La Corona S.A., D. Iván, Leyma General S.L., D.^a Noelia, D. Lucas y D.^a Jacinta, D.^a Ofelia, D. Juan y D.^a Paulina, D. Maximino y D.^a Frida, D. Laureano y D.^a Purificación, D.^a Ramona, D. Luciano, D. Plácido y D.^a Isabel, D. Roberto, Pinturas y Accesorios Goyro S.L., D. Manuel, D. Mario y D.^a Leonor, D. Humberto, D. Santos, D. Marcos, D. Maximo y D.^a Sonia, D. Nicolas, D. Octavio, D.^a Palmira representada por D. Jesús Carlos, D. Oscar y D.^a Vanesa, D. Pablo Jesús, Transgestión Integral S.L., D. Abilio, D.^a Virtudes, D. Porfirio y D. Alexis, interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankinter S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] dicte en su día sentencia por la cual se declare lo siguiente:

" 1) Que se declare incumplida por Bankinter SA la comisión encomendada por mis mandantes consistente en el encargo de adquirir los instrumentos financieros objeto de la presente demanda, por no haberse ejecutado la obligación de entrega de los documentos mediante la correspondiente anotación en cuenta a nombre de cada uno de los adquirentes no existiendo título de propiedad a su nombre. En consecuencia, se condene a Bankinter S.A., conforme a lo dispuesto en el art 264 del Código de Comercio, a abonar a los comitentes el capital y su interés legal por haber dejado de cumplir la comisión, según cuantías recogidas en la Tabla 3, recogida en el Hecho Noveno, debiendo computarse los intereses desde el momento del cargo en cuenta de la adquisición, según orden de compra del instrumento.

" Asimismo, se solicita que, consecuentemente, se declare la consolidación de la propiedad de Bankinter S.A. sobre los instrumentos objeto del presente litigio, pasando a ser no solo su titular registral sino pleno propietario a todos los efectos.

" 2) Subsidiariamente, que se declare el incumplimiento por parte de Bankinter, S.A., de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la comisión mercantil consistente en una venta-asesorada de los instrumentos objeto de la presente demanda, en los términos recogidos en el cuerpo de la presente demanda, y de conformidad con el art 1.124 del Código Civil, se declare la resolución de dicho contrato, con resarcimiento de daños y abono de intereses, que se concretan en la devolución de las sumas invertidas según



cuantías recogidas en la Tabla n.º 3 del Hecho Noveno, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución.

" Asimismo, se solicita que, consecuentemente, se declare la consolidación de la propiedad de Bankinter, S.A. sobre los instrumentos objeto de este litigio, pasando a ser no sólo el titular registral, sino pleno propietario a todos los efectos.

" 3) Subsidiariamente se solicita que, en caso de no considerarse lo anterior, se declare que Bankinter ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información como comisionista prestador de servicios de inversión en una venta-asesorada de valores en los términos recogidos en el cuerpo de esta demanda y, al amparo del art. 1.101 del Código Civil, se le condene a indemnizar a mis mandantes por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida de valor de sus inversiones, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda. Esta pérdida de valor resulta de la diferencia entre el precio de adquisición de los instrumentos objeto de la presente demanda, según cuantías recogidas en la Tabla n.º 3 recogida en el Hecho Noveno, y el valor residual que en el momento de ejecutar sentencia tengan los correspondientes instrumentos, estando obligado Bankinter, en su condición de depositario de los títulos a determinar y facilitar dicho valor residual.

" 4) Subsidiariamente, finalmente, se solicita que en caso de no considerarse lo anterior, se declare que Bankinter ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de seguimiento de la inversión e información permanente como comisionista, asesor de inversores y custodio y, al amparo del art. 1.101 del Código Civil, se le condene a indemnizar a mis mandantes por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida de valor de sus inversiones, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda. Esta pérdida de valor resulta de la diferencia entre el valor que tenían los instrumentos objeto de la presente demanda a 7 de marzo de 2008, para los Instrumentos emitidos por entidades del Grupo Lehman Brothers, o a 30 de septiembre de 2007 para los valores emitidos por los bancos islandeses Landsbanki y Kaupthing, fechas en que Bankinter debió informar a mis representados del deterioro del correspondiente emisor y el valor residual que en el momento de ejecutar la sentencia tengan los correspondientes instrumentos, estando obligado Bankinter, en su condición de depositario de los títulos, a determinar y facilitar tanto el valor de los instrumentos a 7 de marzo de 2008 para los Instrumentos Lehman o a 30 de septiembre de 2007 para los Valores Islandeses, como su valor residual a la fecha que se ejecute la Sentencia.

" 5) Subsidiariamente a todo lo anterior, se solicita que se obligue a Bankinter a emitir y entregar a mis mandantes el Certificado de Legitimación de los valores de su titularidad objeto de la presente demanda, de conformidad con lo establecido en el art. 12 de la Ley del Mercado de Valores.

" 6) De forma cumulativa a las anteriores peticiones subsidiarias, se solicita que se condene a la demandada al pago de las costas judiciales causadas".

2.- La demanda fue presentada el 12 de junio de 2009 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 87 de los de Madrid, fue registrada con el núm. 1127/2009. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

Por auto de 15 de septiembre de 2009 se declaró terminado el proceso para D.^a Aurora , por acuerdo extrajudicial.

Por auto de 23 de septiembre de 2009 se declaró terminado el proceso para D.^a Carmela , por acuerdo extrajudicial.

3.- La procuradora D.^a Rocío Sempere Meneses, en representación de Bankinter S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas de forma solidaria a la parte demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 87 de Madrid dictó sentencia 40/2010, de 2 de marzo, con la siguiente parte dispositiva:

"Debo estimar y estimo parcialmente la demanda promovida por el Procurador Sr. García Lozano Martín en nombre y representación acreditada en la Causa.

" Debo condenar y condeno a Bankinter SA a que abone a aquellos clientes hoy actores adquirentes de productos de Bancos Islandeses, cualquiera que sea su naturaleza y clase, el precio de su adquisición al momento inicial de la compra, aminorado en el importe de la rentabilidad que se les hubiera satisfecho por los mismos. Estas cantidades devengarán intereses desde la fecha de esta Sentencia incrementados en dos puntos hasta el completo pago o consignación.



" La determinación de tales clientes hoy actores y el importe a abonar, se determinará en ejecución de sentencia, conforme a los parámetros de cuantificación aquí establecidos. Todo ello, en defecto de acuerdo entre las partes.

" Debo condenar y condeno a Bankinter S.A. a que abone a aquellos clientes hoy actores adquirentes de productos del grupo emisor Lehman, el precio que sus instrumentos tenía al tiempo de la insolvencia del grupo Lehman producida entre los días 18 y 28 de septiembre de 2008, fecha y precio fijado en atención a la naturaleza y características de los productos, la anualidad en que se hallaren y demás circunstancias que deban ser tenidas en cuenta conforme a cada título concreto.

" Estas cantidades devengarán intereses desde la fecha de su cuantificación, incrementados en dos puntos hasta el completo pago o consignación.

" La determinación de tales clientes hoy actores, fecha y el importe a abonar, se determinará en ejecución de Sentencia, conforme a los parámetros de cuantificación aquí establecidos. Todo ello, en defecto de acuerdo entre las partes manifestado en plazo de 20 días desde la notificación de la presente Resolución, plazo a partir del cual se podrá interesar la apertura del incidente de cuantificación por la parte actora, si viene en convenirle.

" No se hace pronunciamiento en las costas de este litigio.

" Debo absolver y absuelvo a Bankinter SA del resto de los pronunciamientos que se formulan de contrario".

Con fecha 17 de marzo de 2010, se dictó auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Dispongo: estimando parcialmente el recurso de aclaración promovido por el Procurador Sr García Lozano Martín, aclarar el concepto oscuro padecido en la fecha del 18 a 28 de septiembre de 2008, de manera que donde dice: el precio que sus instrumentos tenían al tiempo de la insolvencia del grupo Lehman producida entre los días 18 y 28 de septiembre de 2008, fecha y precio fijado en atención a la naturaleza y características de los productos, la anualidad en que se hallaren y demás circunstancias que deban ser tenidas en cuenta conforme a cada título concreto.

" Deba decir el precio que sus instrumentos tenían al tiempo de la insolvencia del grupo Lehman producida al día 13 de septiembre de 2008, fecha y precio fijado en atención a la naturaleza y características de los productos, la anualidad en que se hallaren y demás circunstancias que deban ser tenidas en cuenta conforme a cada título concreto. Dejando subsistente el resto del contenido del fallo".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Air Complet S.L y otros y, por la representación de Bankinter S.A.

Ambas representaciones formularon escritos oponiéndose a los recursos interpuestos de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Vigésimoprimera Bis de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 504/2010 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 146/2012, de 31 de mayo de 2012, cuyo fallo dispone:

"Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Bankinter S.A., representado por la Procuradora Sra. Sampere Meneses, contra la sentencia dictada el 2 de marzo de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia número 87 de Madrid en el Procedimiento Ordinario 1127/2009, y desestimando el recurso de apelación formulado por Air Complet SL y otros representados por el Procurador Sr. García-Lozano, revocamos la expresada resolución. En lugar, acordamos: Que estimando indebida la acumulación de acciones en la demanda, procede el archivo del proceso dejando las mismas imprejuizadas, sin hacer expresa imposición de las costas de primera instancia.

" No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada".

La representación Air Complet S.L. y otros formuló recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la mencionada sentencia.

Admitidos los recursos, la Sala Primera del Tribunal Supremo en el Recurso Extraordinario por Infracción Procesal y de Casación núm. 2671/2012, dictó sentencia 564/2015, de 21 de octubre, cuya parte dispositiva fue del tenor literal siguiente:

"1.- Declarar haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de "Air Complet, S.L.", D^a Bibiana, "Amt Godoy Services, S.L.", D. Jesús Luis y D^a Luisa, D. Arturo, D. Aureliano, D^a Carlota, D^a Miriam y D. Isaac, D^a. Cecilia, D. Carlos (Jose María), D^a Edurne y D. Claudio, "Caysitos S.L.", D^a Encarna, D^a Enriqueta, D. Desiderio, D. Domingo, D. Edemiro y D^a Evangelina, D^a Emilia y D.



Jose Miguel , D. Elias , D. Carlos Manuel , D^a Guadalupe , D. Emilio , D^a Modesta y D. Apolonio , D. Artemio , D^a Reyes , D. Erasmo , D. Candido , D. Esteban , D. Eulogio , D^a Herminia por sucesión procesal de D. Fausto , D^a Isidora , D^a Julia , D. Fructuoso , D^a Leticia , D^a Antonia , D. Epifanio , D. Germán , D. Gines , D. Fermín , D. Guillermo , "Giraplus, S.L.", D. Heraclio y D^a Marina , D^a Clemencia , D. Isidoro , "La Corona, S.A.", D. Iván , Leyma General, S.L., D^a Noelia , D^a Ofelia , D. Juan y D^a Paulina , D^a Frida y D^a Rafaela como sucesoras procesales de D. Maximino , la primera de ellas también en su propio nombre y derecho, D. Laureano , y D^a Purificacion , D^a Ramona , D. Luciano , D. Roberto , D. Manuel , D. Mario y D^a Leonor , D. Santos , D. Maximo y D^a Sonia , D. Nicolas , D. Octavio , D. Oscar y D^a Vanesa , D. Pablo Jesús , "Transgestión Integral, S.L.", D. Abilio , D^a Virtudes , D. Porfirio y D. Alexis , contra la sentencia dictada, en fecha treinta y uno de mayo de dos mil doce, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21^a Bis.

" 2.- Anulamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

" 3.- Reponemos las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia de apelación, con el fin de que la Audiencia Provincial dicte nueva sentencia en que resuelva los recursos de apelación formulados, una vez que la excepción de indebida acumulación de acciones ha sido desestimada. La apelación y los eventuales recursos extraordinarios que se interpongan contra la nueva sentencia de la Audiencia Provincial serán de tramitación preferente.

" 4.- No procede imposición de costas del recurso extraordinario por infracción procesal. Devuélvase al recurrente el depósito constituido para interponer tal recurso".

3.- Repuestas las actuaciones, la Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 26 de mayo de 2016 dictó Decreto declarando terminado el proceso en relación a Decoración y Revestimientos de Córdoba S.L., D. Joaquín , D.^a Daniela , D.^a Diana , D.^a Elisabeth , D. Lucas , D.^a Jacinta y, Pinturas y Accesorios Goyro S.L., por satisfacción extraprocesal.

Con fecha 4 de octubre de 2016 se dictó Decreto acordando tener por desistida del procedimiento a D.^a Palmira .

La Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid, con el número de rollo 504/2010 dictó nueva sentencia de 20 de octubre de 2016, cuyo fallo dispone:

"Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por los demandantes Air Complet SA, Maximo , Sonia , Nicolas , Octavio , Oscar , Vanesa , Pablo Jesús , Abilio , Virtudes , Porfirio , Alexis , Bibiana , Jesús Luis , Luisa , Arturo , Aureliano , Carlota , Miriam , Isaac , Cecilia , Carlos , Edurne , Claudio , Encarna , Enriqueta , Desiderio , Domingo , Edemiro , Evangelina , Emilia , Jose Miguel , Elias , Carlos Manuel , Guadalupe , Emilio , Modesta , Apolonio , Artemio , Reyes , Erasmo , Candido , Esteban , Eulogio , Isidora , Julia , Fructuoso , Leticia , Antonia , Epifanio , Germán , Gines , Fermín , Guillermo , Heraclio , Marina , Clemencia , Isidoro , Iván , Noelia , Ofelia , Juan , Paulina , Frida , Laureano , Purificacion , Ramona , Luciano , Roberto , Manuel , Mario , Leonor , Humberto , Santos , Marcos , Silvia , Transgestión Integral S.L., Air Complet S.L., Amt Godoy Services S.L., Caysitos S.L., Giralplus S.L., La Corona S.A., Leyma General S.L., Fausto (sucedido procesalmente por D.^a Herminia) , D. Maximino (sucedido procesalmente por D.^a Frida y D.^a Herminia) , como el formulado por Bankinter SA, contra la sentencia pronunciada el dos de marzo de dos mil diez por la Ilma. Sra. Magistrado Juez de Primera Instancia número ochenta y siete de Madrid, aclarada por auto de diecisiete de marzo del mismo año, debemos revocar y revocamos en parte la citada resolución, para:

" a) Confirmar los pronunciamientos de la sentencia recurrida relativos a los adquirentes de productos de bancos islandeses.

" b) Condenar a la demandada Bankinter SA a abonar a los demandantes adquirentes de bonos simples Lehman el precio de su adquisición, minorado en el importe de la rentabilidad que se les hubiera satisfecho por dichos productos, suma indemnizatoria a determinar en ejecución de sentencia, con los intereses legales de la cantidad resultante desde esta sentencia.

" c) Condenar a la demandada Bankinter SA a abonar a los demandantes adquirentes de bonos estructurados emitidos por Lehman Brothers Treasury Co BV, con excepción de la demandante Leyma General SL, el precio de adquisición de los productos, con intereses legales desde la fecha de esta sentencia.

" d) Desestimar las peticiones de la demanda respecto a la demandante Leyma General SL, absolviendo a la demandada Bankinter SA en cuanto a tales pretensiones.

" e) Establecer que las cantidades que hayan obtenido los demandantes respecto de los cuales se estima la demanda del procedimiento concursal del Grupo Lehman, bien percibidas a través de la demandada Bankinter SA o por otras vías, se deberán deducir de las cantidades a abonar por la demandada, lo que se determinará en ejecución de sentencia atendiendo a las fechas de los respectivos reintegros.



" f) No imponer especialmente a ninguna de las partes ni las costas causadas en la primera ni las originadas en este recurso.

" Devuélvase a cada parte apelante el depósito constituido para recurrir".

TERCERO.- Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y recursos de casación

1.- La procuradora D.^a Rocío Sampere Meneses, en representación de Bankinter S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Por el cauce del artículo 469.1.4º de la LEC, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración de la prueba manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de razonabilidad constitucionalmente exigible, todo ello en relación a la conclusión fáctica de la sentencia recurrida de que en el caso de los demandantes que invirtieron en bonos estructurados emitidos por Lehman Brothers no ha quedado acreditado con carácter general la previa entrega al inversor de un documento informativo sobre el producto".

"Segundo.- Por el cauce del artículo 469.1.2º de la LEC, por infracción del artículo 281.3 de la LEC, al establecer la sentencia recurrida una conclusión fáctica contraria a un hecho sobre el que existe conformidad entre las partes".

"Tercero.- Por el cauce del artículo 469.1.4º de la LEC, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración de la prueba manifiestamente arbitraria e ilógica, que no supera el test de razonabilidad constitucionalmente exigible, todo ello en relación a las conclusiones fácticas de la sentencia recurrida respecto a la información suministrada a Transgestión Integral S.L. y a los demandantes Laureano y Purificación".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Por el cauce del apartado 1 del artículo 477 de la LEC, por infracción del artículo 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores tras su reforma por la Ley 47/2007 (o de los artículos 78 y 79 de la ley del Mercado de Valores en su versión anterior a su reforma por la Ley 47/2007, según la fecha de la inversión litigiosa), del artículo 5 del Anexo del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que entiende que la suficiencia de la información suministrada al cliente depende de las circunstancias personales del cliente".

"Segundo.- Por el cauce del apartado 1 del artículo 477 de la LEC, por infracción del artículo 1.101 del Código Civil al no existir relación de causalidad entre el supuesto incumplimiento por parte de Bankinter de su obligación de información y el daño sufrido por determinados demandantes".

"Tercero.- Por el cauce del apartado 1 del artículo 477 de la LEC, por infracción del artículo 1.101 del Código Civil y de la Jurisprudencia contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2015, de 13 de julio de 2015 y de 13 de julio de 2016, al no existir relación de causalidad entre el supuesto incumplimiento por parte de Bankinter de su obligación de realizar el test de idoneidad y el daño sufrido por determinados demandantes, toda vez que los productos contratados se ajustaban al perfil de estos inversores".

"Cuarto.- Subsidiariamente, para el supuesto de que el Tribunal entendiera que se dan los requisitos para la procedencia de la acción indemnizatoria, por el cauce del apartado 1 del artículo 477 de la LEC, por infracción del inciso final del artículo 1.103 del Código Civil al no haberse moderado la indemnización".

El procurador D. Ernesto García-Lozano Martín, en representación de Air Complet S.L., D.^a Bibiana, Amt Godoy Services S.L., D. Arturo, D.^a Carlota, D.^a Cecilia, D. Carlos, Caysitos S.L. D.^a Edurne y D. Claudio, Caysitos S.L., D.^a Encarna, D.^a Enriqueta, D. Desiderio, D. Domingo, D. Edemiro y D.^a Evangelina, D. Elias, D. Emilio, D. Erasmo, D. Esteban, D. Eulogio, D.^a Herminia y D.^a Irene en su condición de sucesoras procesales de D. Fausto, D.^a Isidora, D.^a Julia, D. Fructuoso, D.^a Leticia, D. Germán, D. Gines, D. Guillermo, Giraplus S.L., D. Heraclio y D.^a Marina, D. Ismael, D. Isidoro, La Corona S.A., D. Iván, D.^a Noelia, D.^a Ofelia, D. Juan y D.^a Paulina, D. Laureano y D.^a Purificación, D.^a Ramona, D. Luciano, D. Manuel, D. Marcos, D. Mario y D.^a Leonor, D. Maximo y D.^a Sonia, D. Nicolas, D. Octavio, D. Oscar y D.^a Vanesa, Transgestión Integral S.L., D.^a Virtudes y D. Porfirio, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:



"Primero.- Por el cauce del art. 469.1.2º LEC, infracción del art. 465.5 LEC por vulnerar la sentencia una norma procesal reguladora de las sentencias como es la prohibición de incurrir en reformatio in peius".

"Segundo.- Por el cauce del art. 469.1.4º LEC, vulneración por la Sentencia del derecho fundamental de los recurrentes a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución, en su concreta vertiente del deber de motivación de las resoluciones judiciales, por incurrir su motivación en arbitrariedad y manifiesta irrazonabilidad con relevancia constitucional".

"Tercero.- Por el cauce del art. 469.1.4º LEC, vulneración por la sentencia del derecho fundamental de los recurrentes a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución, en su concreta vertiente del deber de motivación de las resoluciones judiciales, por incurrir su motivación en arbitrariedad y manifiesta irrazonabilidad con relevancia constitucional".

El motivo del recurso de casación fue:

"Único.- Por el cauce del art. 477.2.2º LEC, por infracción de los arts. 1101 y 1108 del Código Civil por parte de la Sentencia recurrida en relación con la condena al pago de intereses y la fijación de la fecha de inicio del devengo de los mismos (dies a quo)".

El énfasis de mayúscula y/o negrilla ha sido suprimido.

La Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid, por Decreto de 30 de enero de 2017 acordó declarar terminado el proceso por satisfacción extraprocesal de los demandantes Jesús Luis y Luisa, Miriam y Isaac, Emilia y Jose Miguel, Modesta y Apolonio, Antonia, Epifanio, Frida, Roberto, Santos, Aureliano, Carlos Manuel y Guadalupe, Artemio, Candido, Fermín, Clemencia, Pablo Jesús y Abilio.

La Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid, por Decreto de 21 de febrero de 2017 acordó declarar terminado el proceso respecto de D. Alexis.

Por Diligencia de ordenación de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2017 se acordó tener por no personada a D.ª Irene.

Por Diligencia de ordenación de 5 de junio de 2017 se acordó tener por personado a D. Bernardino como sucesor procesal de D. Jose María.

2.- 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 19 de junio de 2019, que admitió los recursos y acordó dar traslado a los recurridos para que formalizaran su oposición.

3.- Bankinter S.A. y Air Complet S.L y otros se opusieron a los recursos interpuestos de contrario.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 2 de octubre de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- Una serie de clientes de la entidad bancaria "Bankinter, S.A." (en lo sucesivo, Bankinter o simplemente, el banco) interpusieron una demanda contra este banco en la que solicitaban una serie de pronunciamientos declarativos y de condena. Pese a ser varios los pronunciamientos que de modo acumulado o subsidiario se solicitaban, en lo fundamental se exigía del banco la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones que tenía frente a los clientes demandantes, obligaciones derivadas de los contratos de adquisición de productos financieros complejos y de riesgo comercializados por Bankinter (emitidos por Lehman Brothers o por los bancos islandeses Landsbanki y Kaupthing) y que fueron adquiridos por los demandantes.

Los incumplimientos descritos en la demanda afectaban a la obligación de entrega individualizada de los títulos justificativos de la adquisición y utilización de cuentas globales y a la obligación de facilitar a los clientes información sobre los riesgos del producto, información que debería haberse suministrado antes de la celebración del contrato y con posterioridad a dicho momento, a la vista de la evolución de los referidos productos financieros, de acuerdo con las alegaciones de la demanda.

En la demanda se alegaba que todos los demandantes eran clientes minoristas y que el núcleo esencial de los hechos que darían lugar a la responsabilidad de Bankinter es común a todos los demandantes, pues se trataría de actuaciones que respondían a un mismo patrón de conducta: falta de entrega de documentos acreditativos



de la adquisición del producto, utilización de cuentas globales, falta de información sobre riesgos y en concreto sobre el riesgo de crédito, falta de información sobre la evolución negativa de los productos adquiridos.

2.- La Magistrada-Juez de Primera Instancia rechazó en la audiencia previa la excepción de indebida acumulación de acciones opuesta por Bankinter y tras celebrar el juicio, dictó una sentencia en la que estimó plenamente la reclamación formulada por los clientes que habían adquirido productos emitidos por los bancos islandeses, pues consideró que Bankinter había incumplido la obligación de informar sobre los riesgos de los productos que comercializaba; y estimó en parte la reclamación formulada por los clientes que adquirieron productos de Lehman Brothers, pues aunque en este caso la información facilitada para contratar estos productos fue adecuada, Bankinter no supo calibrar el riesgo de insolvencia de Lehman Brothers y, por razones de seguridad del mercado financiero, no adoptó iniciativa alguna para avisar a sus clientes de este riesgo y adoptó una conducta pasiva, prefiriendo la tranquilidad del mercado que antepuso a la obligación de informar a sus inversores.

3.- Tanto Bankinter como los demandantes apelaron la sentencia. La Audiencia Provincial estimó el recurso del banco y revocó la sentencia de primera instancia porque estimó la excepción de indebida acumulación de acciones.

4.- Los demandantes interpusieron contra dicha sentencia un recurso extraordinario por infracción procesal y el Tribunal Supremo lo estimó, anuló la sentencia de la Audiencia Provincial y repuso las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia de apelación, con el fin de que la Audiencia Provincial dictase nueva sentencia que resolviera los recursos de apelación formulados, una vez que la excepción de indebida acumulación de acciones había sido desestimada.

5.- La Audiencia Provincial dictó una nueva sentencia en la que estimó en parte el recurso de apelación de Bankinter y desestimó las peticiones de la demanda respecto a la demandante Leyma General S.L. Asimismo desestimó el resto de impugnaciones formuladas por Bankinter y estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por los demandantes. Como consecuencia de ello, acordó:

"a) Confirmar los pronunciamientos de la sentencia recurrida relativos a los adquirentes de productos de bancos islandeses.

" b) Condenar a la demandada Bankinter SA a abonar a los demandantes adquirentes de bonos simples Lehman el precio de su adquisición, minorado en el importe de la rentabilidad que se les hubiera satisfecho por dichos productos, suma indemnizatoria a determinar en ejecución de sentencia, con los intereses legales de la cantidad resultante desde esta sentencia.

" c) Condenar a la demandada Bankinter SA a abonar a los demandantes adquirentes de bonos estructurados emitidos por Lehman Brothers Treasury Co BV, con excepción de la demandante Leyma General SL, el precio de adquisición de los productos, con intereses legales desde la fecha de esta sentencia.

[...]

" e) Establecer que las cantidades que hayan obtenido los demandantes respecto de los cuales se estima la demanda del procedimiento concursal del Grupo Lehman, bien percibidas a través de la demandada Bankinter SA o por otras vías, se deberán deducir de las cantidades a abonar por la demandada, lo que se determinará en ejecución de sentencia atendiendo a las fechas de los respectivos reintegros.

" f) No imponer especialmente a ninguna de las partes ni las costas causadas en la primera ni las originadas en este recurso.

6.- Tanto los demandantes como Bankinter han interpuesto sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, que han sido admitidos.

Recurso extraordinario por infracción procesal formulado por Bankinter

SEGUNDO.- *Formulación de los motivos primero a tercero*

1.- A la vista del contenido de los recursos extraordinarios por infracción procesal formulados por los demandantes y Bankinter, procede examinar en primer lugar el formulado por este.

2.- El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Bankinter lleva el siguiente encabezamiento (énfasis de negrilla y mayúscula suprimidos):

"Por el cauce del artículo 469.1.4º de la LEC, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración de la prueba manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de razonabilidad constitucionalmente exigible, todo ello en relación a la conclusión fáctica de la sentencia recurrida de que en el caso de los demandantes que



invertieron en bonos estructurados emitidos por Lehman Brothers no ha quedado acreditado con carácter general la previa entrega al inversor de un documento informativo sobre el producto".

3.- En el desarrollo del motivo se realizan diversas alegaciones para justificar que la entrega de fichas comerciales a los demandantes que invertieron en bonos estructurados emitidos por Lehman Brothers ha sido admitida por numerosos demandantes o ha resultado probada.

4.- El encabezamiento del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal es el siguiente:

"Por el cauce del artículo 469.1.2º de la LEC, por infracción del artículo 281.3 de la LEC, al establecer la sentencia recurrida una conclusión fáctica contraria a un hecho sobre el que existe conformidad entre las partes"

5.- La infracción se habría cometido porque varios demandantes reconocieron haber recibido las fichas comerciales y la sentencia de la Audiencia Provincial sienta la conclusión de que no ha quedado acreditado con carácter general la entrega de tales fichas.

6.- El tercer y último motivo del recurso extraordinario por infracción procesal formulado por Bankinter se encabeza del siguiente modo:

"Por el cauce del artículo 469.1.4º de la LEC, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración de la prueba manifiestamente arbitraria e ilógica, que no supera el test de razonabilidad constitucionalmente exigible, todo ello en relación a las conclusiones fácticas de la sentencia recurrida respecto a la información suministrada a Transgestión Integral S.L. y a los demandantes Laureano y Purificación".

7.- En el desarrollo del motivo se impugna la valoración probatoria de los documentos que acreditarían qué información fue facilitada a esos demandantes.

TERCERO.- Decisión del tribunal: desestimación del recurso

1.- El recurso debe ser desestimado por varias razones.

2.- La Audiencia Provincial no afirma que ningún demandante recibiera documentación informativa antes de la contratación. Y los demandantes respecto de los que en la demanda o en el recurso de apelación se habría reconocido que Bankinter les había entregado el documento informativo antes de contratar son solo algunos del total de demandantes que adquirieron productos Lehman. Por tanto, no puede afirmarse que la Audiencia Provincial, al decir que no consta que con carácter general se entregara al inversor el documento informativo sobre el producto antes de contratarlo, contradiga algún hecho que hubiera sido admitido por los demandantes y que, por tanto, haya incurrido en la infracción denunciada. Todo lo más, ha utilizado una expresión poco precisa.

3.- La afirmación de la recurrente en el sentido de que la aportación de folletos con la demanda por parte de algunos demandantes prueba que fueron entregados antes de la contratación no puede justificar la pretensión de que ha existido un error patente en la valoración de la prueba, pues esos demandantes, al aportarlos, alegaron que les habían sido entregados cuando Lehman Brothers quebró.

4.- En todo caso, el hecho de que Bankinter hubiera entregado a algunos demandantes folletos de información sobre los productos de inversión de Lehman Brothers antes de contratarlos (en concreto, a aquellos que así lo reconocen en la demanda o en el recurso de apelación, entre los que se encuentran efectivamente los demandantes a los que se refiere el tercer motivo del recurso), no puede llevar a que se anule la sentencia por este motivo. La sentencia de apelación no basa la condena a Bankinter exclusivamente en el hecho de que el banco no entregara a sus clientes la documentación informativa antes de la contratación de los productos (falta entrega que habría sido total en el caso de las participaciones preferentes de los bancos islandeses y que habría afectado a varios demandantes en el caso de los bonos Lehman), sino también en la insuficiencia de la información sobre el riesgo de crédito contenida en los folletos informativos que sí fueron entregados a algunos clientes antes de contratar los productos y en la orden de compra, así como en las consecuencias de la falta de realización del test de idoneidad y consiguiente fijación del perfil inversor del cliente respecto de algunos compradores de productos Lehman.

5.- Mientras que el primer extremo al que se refieren estos motivos del recurso (si Bankinter facilitó o no información previa a todos los clientes), es fáctico, y, como se ha dicho, lo afirmado por la Audiencia Provincial no contradice propiamente los hechos admitidos en la demanda y en el recurso de apelación, los demás extremos son de naturaleza jurídico sustantiva (si la información facilitada fue o no adecuada y suficiente, así como la consecuencia de la falta de realización del test de idoneidad) y no pueden ser combatidos en el recurso extraordinario por infracción procesal.



6.- Lo anterior conlleva que el error padecido por la Audiencia al valorar determinados extremos probatorios relativos a la entrega de documentación informativa a los demandantes a que se refiere el tercer motivo del recurso sea intrascendente pues persisten otras razones determinantes del fallo, en lo que afecta a estos demandantes, que no puede ser atacadas adecuadamente en el recurso extraordinario por infracción procesal.

Recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por los demandantes

CUARTO.- Formulación del primer motivo

1.- El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por los demandantes (o, más exactamente, por los demandantes que aún permanecen personados en el litigio) se encabeza así:

"Por el cauce del art. 469.1.2º LEC, infracción del art. 465.5 LEC por vulnerar la sentencia una norma procesal reguladora de las sentencias como es la prohibición de incurrir en reformatio in peius"

2.- La infracción se habría cometido porque, respecto de los demandantes que adquirieron los productos emitidos por Lehman Brothers, mientras que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia disponía que los intereses se devengarían desde la fecha de la cuantificación de la indemnización (pues se condenó a Bankinter a indemnizar a los demandantes en el precio que esos productos tuviera al tiempo de la insolvencia del grupo Lehman), y esa cuantificación tuvo lugar en la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia el 29 de noviembre de 2010, la sentencia de la Audiencia Provincial ha fijado como fecha de inicio del devengo de intereses de la indemnización a los compradores de productos de Lehman Brothers la de la sentencia de segunda instancia. Por tal razón, aunque el principal de la indemnización que resulta de esta sentencia es algo mayor que el que resulta de la primera, por haberse estimado ese extremo del recurso de los demandantes, la posposición del devengo de intereses de la indemnización hasta la fecha de la sentencia de apelación y el tiempo transcurrido entre la fecha de cuantificación de la indemnización fijada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y la fecha de la sentencia de apelación, hacen que la cantidad total que tienen derecho a percibir los demandantes afectados es menor y, por tanto, su posición haya empeorado como consecuencia de la estimación de este extremo de su recurso.

QUINTO.- Decisión del tribunal: desestimación del recurso

1.- Los recurrentes basan el motivo del recurso sobre una hipótesis no demostrada, consistente en que la indemnización que resulta de la sentencia de la Audiencia Provincial, incluidos sus intereses, es inferior a la que resulta de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, incluidos también sus intereses.

2.- No consta cuál ha sido la fecha de cuantificación de las indemnizaciones que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia acordó en favor de los demandantes, ni su importe, ni siquiera si esa resolución de cuantificación existe y no ha sido revocada. La recurrida Bankinter, en su oposición, alega que se trataría de una resolución dictada en la ejecución provisional de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia pero que esa ejecución provisional habría sido dejada sin efecto posteriormente al ser archivada por la Audiencia Provincial como consecuencia del recurso interpuesto por Bankinter.

3.- Los pronunciamientos de un tribunal de casación no pueden fundarse en simples hipótesis carentes de soporte en las actuaciones que son objeto de su recurso, actuaciones entre las que no se encuentran las de ejecución, sea definitiva o sea provisional, de las sentencias dictadas en las instancias.

SEXTO.- Formulación del segundo motivo

1.- El segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por los demandantes se encabeza del siguiente modo:

"Por el cauce del art. 469.1.4º LEC, vulneración por la Sentencia del derecho fundamental de los recurrentes a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución, en su concreta vertiente del deber de motivación de las resoluciones judiciales, por incurrir su motivación en arbitrariedad y manifiesta irrazonabilidad con relevancia constitucional".

2.- En el desarrollo del motivo, los recurrentes alegan que "la argumentación empleada por la Audiencia Provincial para no condenar a Bankinter al pago de los intereses desde la fecha de la sentencia de primera instancia para los productos Lehman incluye razonamientos arbitrarios y manifiestamente irrazonables", pues la referencia a las "circunstancias de todo tipo concurrentes" es insuficiente, la complejidad del caso no es suficiente para justificar ese pronunciamiento, y se produce una incoherencia interna, pues los adquirentes de productos de los bancos islandeses, que se encuentran en la misma situación, han obtenido intereses desde la sentencia de primera instancia.

SÉPTIMO.- Decisión del tribunal: desestimación del motivo



1.- La sentencia de la Audiencia Provincial ha hecho referencia no solo a las circunstancias de todo tipo concurrentes, sino también a la complejidad de la controversia suscitada. Que dicha complejidad justifique o no la decisión sobre los intereses no es una cuestión de razonabilidad propia del recurso extraordinario por infracción procesal, sino una cuestión propia del recurso de casación.

2.- Que la solución final para los compradores de productos de los bancos islandeses y de los productos de Lehman Brothers sea diferente, se habría solucionado, siguiendo los razonamientos sustantivos de la sentencia de la Audiencia Provincial (improcedencia del devengo de intereses de demora), aplicando la misma solución a los compradores de los productos de los bancos islandeses, que, como la Audiencia Provincial manifiesta y los recurrentes resaltan, se encontraban en la misma situación que los de los productos Lehman. Pero haberlo hecho hubiera supuesto una *reformatio in peius* prohibida por el art. 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues algunos demandantes habrían visto empeorada su situación, no por la estimación del recurso de apelación de Bankinter, sino por la estimación de una pretensión impugnatoria formulada en su escrito de recurso de apelación, si bien referida a otros codemandantes.

3.- Este resultado dispar para unos y otros demandantes en este concreto extremo es consecuencia de la acumulación de acciones relativas a diferentes productos en una misma demanda, por lo que no puede imputarse al tribunal la comisión de una conducta arbitraria.

OCTAVO.- *Formulación del tercer motivo*

1.- El tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal formulado por los demandantes se encabeza así:

"Por el cauce del art. 469.1.4º LEC, vulneración por la sentencia del derecho fundamental de los recurrentes a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución, en su concreta vertiente del deber de motivación de las resoluciones judiciales, por incurrir su motivación en arbitrariedad y manifiesta irrazonabilidad con relevancia constitucional"

2.- En el desarrollo del motivo se alega que se impugna la incorrecta motivación jurídica del segundo fundamento jurídico vigésimo segundo (está repetido este ordinal) sobre los efectos que la acumulación subjetiva de acciones despliega en el procedimiento en lo relativo a costas, concretamente que, al realizarse en la demanda una acumulación subjetiva de acciones, el rechazo de alguna supone la estimación parcial de la demanda, pues la solución sería realizar tantos pronunciamientos sobre costas como acciones ejercitadas.

NOVENO.- *Decisión del tribunal: inexistencia de argumentación arbitraria o irrazonable*

1.- Es doctrina reiterada de este tribunal la que afirma que las concretas decisiones judiciales en aplicación de la legislación sobre costas procesales competen enteramente al juez o tribunal que conoce del correspondiente juicio o recurso, mediante resolución que ha de calificarse de estrictamente discrecional, aunque no arbitraria, por lo que los pronunciamientos sobre costas no son susceptibles de recurso ante esta sala, salvo contadas excepciones.

2.- El presente caso no se encuentra entre tales excepciones. La lógica a que se refiere el art. 218.2 LEC es la de la argumentación -entramado argumentativo-, exposición de razones o consideraciones en orden a justificar la decisión, sin que se extienda al acierto o desacierto de las mismas.

3.- Que los recurrentes consideren que la solución correcta en caso de estimación parcial, que ellos consideran sustancial, de las acciones de varios de los demandantes y la desestimación de la acción ejercitada por uno de ellos sea que se realicen tantos pronunciamientos sobre costas como acciones ejercitadas, no supone que la argumentación de la sentencia sea ilógica o arbitraria. Sería, de atender a sus argumentos, simplemente desacertada, pero la exigencia de razonabilidad que se contiene en el art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que puede invocarse en el recurso extraordinario por infracción procesal no alcanza al acierto de la solución alcanzada en la sentencia.

4.- En todo caso, no estamos ante un pronunciamiento arbitrario sobre imposición de las costas sino, por el contrario, ante un pronunciamiento razonado que tiene en cuenta las consecuencias que la acumulación subjetiva de acciones en la demanda, cuando tal acumulación supone una pluralidad de demandantes, ha de tener en el pronunciamiento sobre costas.

Recurso de casación de Bankinter

DÉCIMO.- *Formulación del primer motivo del recurso de casación*

1.- Dado que, de estimarse algunos motivos del recurso de casación de Bankinter, la demanda debería ser desestimada respecto de los demandantes afectados por su recurso (o, al menos, deberían ser desestimadas algunas de las acciones ejercitadas), procede resolverlo con anterioridad al recurso de casación de los



demandantes, pues este quedaría sin fundamento al presuponer el mantenimiento de la condena de Bankinter a indemnizar a los demandantes que han recurrido.

2.- El primer motivo del recurso de casación de Bankinter tiene este encabezamiento:

"Por el cauce del apartado 1 del artículo 477 de la LEC, por infracción del artículo 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores tras su reforma por la Ley 47/2007 (o de los artículos 78 y 79 de la Ley del Mercado de Valores en su versión anterior a su reforma por la Ley 47/2007, según la fecha de la inversión litigiosa), del artículo 5 del Anexo del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que entiende que la suficiencia de la información suministrada al cliente depende de las circunstancias personales del cliente".

3.- Dicho motivo de recurso se interpone frente a todos los demandantes respecto de los que se recurre.

4.- En el desarrollo del motivo se alega, sintéticamente, que para valorar la suficiencia de la información facilitada a los demandantes, la Audiencia Provincial no ha tenido en cuenta su perfil y su experiencia inversora. Y que se proporcionó información adecuada a los demandantes sobre el riesgo de crédito pues se les informó de la calificación crediticia de los emisores de los productos.

DECIMOPRIMERO.- *Decisión del tribunal: desestimación del motivo*

1.- La sentencia de la Audiencia Provincial no vulnera la jurisprudencia de esta sala sobre la trascendencia del perfil de los clientes, tanto en lo que afecta a su capacidad económica como a su experiencia inversora. Por el contrario, la Audiencia se ajusta a lo declarado por esta cuando afirma que la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto y que el hecho de tener un patrimonio considerable o que el cliente hubiera hecho algunas inversiones tampoco le convierte en cliente experto, cuando no se prueba que en casos anteriores se le hubiera dado una información adecuada.

2.- Es cierto que, para decidir sobre la responsabilidad de la empresa de inversión en la comercialización de productos financieros complejos o de riesgo, cuando se le imputa el incumplimiento de sus obligaciones de información en el asesoramiento, es relevante el perfil y la experiencia inversora del cliente. Pero el control que en casación puede hacerse del respeto de este principio por parte de la Audiencia Provincial ha de realizarse sobre la base fáctica que esta haya sentado en su sentencia. El recurso de casación no es compatible con que el recurrente pretenda cambiar la base fáctica sobre la que la Audiencia Provincial ha dictado su sentencia, alegar hechos nuevos e introducir nuevas cuestiones en el debate procesal. Bankinter no basa su recurso en lo declarado, respecto del perfil de los demandantes, por la Audiencia Provincial. Basa su impugnación en la base fáctica que resulta de un "anexo" de casi cincuenta páginas que incluye en su recurso de casación, en el que pretende fijar la base fáctica sobre la que debería estimarse su impugnación.

3.- Respecto de la suficiencia de la información facilitada por Bankinter a sus clientes, la Audiencia Provincial sigue la jurisprudencia de esta sala (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo 460/2014, de 10 de septiembre, y 489/2015, de 16 de septiembre) que ha afirmado que la falta de información adecuada sobre el riesgo de crédito no se suple con la información sobre el *rating* del emisor del producto.

4.- Que la normativa sobre el mercado de valores aplicable al caso excluyera de la calificación de oferta pública aquella en la que se ofrezcan valores por un importe mínimo de 50.000 euros no convierte a los destinatarios que se decidan a adquirirlos en clientes profesionales ni exige a la empresa de inversión de facilitar, con suficiente antelación, la información adecuada sobre la naturaleza y los riesgos de los productos ofertados.

5.- La invocación de sentencias de la sala *sensu contrario* o en las que la base fáctica sobre la que se resolvió presenta diferencias significativas con la que ha sentado la sentencia de la Audiencia Provincial no es adecuada para fundamentar el motivo de un recurso de casación.

DECIMOSEGUNDO.- *Formulación del segundo motivo*

1.- Bankinter encabeza el segundo motivo de su recurso de casación con este epígrafe:

"Por el cauce del apartado 1 del artículo 477 de la LEC, por infracción del artículo 1.101 del Código Civil al no existir relación de causalidad entre el supuesto incumplimiento por parte de Bankinter de su obligación de información y el daño sufrido por determinados demandantes".

2.- El motivo se interpone para todos los demandantes respecto de los que se recurre.

3.- En el desarrollo del motivo se alega que la sentencia de la Audiencia Provincial no justifica la existencia del nexo causal entre el presunto incumplimiento imputado a Bankinter y el daño sufrido por los demandantes, dado el perfil inversor y la amplia experiencia inversora de estos, y que la verdadera causa del daño sufrido por estos radica en la quiebra de Lehman Brothers y en la intervención de los bancos islandeses.

**DECIMOTERCERO.-** *Decisión del tribunal: desestimación del motivo*

1.- En la primera cuestión que se plantea en este motivo, Bankinter incurre en el mismo defecto en que incurrió en el anterior motivo, que es articular su impugnación sobre unos hechos que no son los fijados en la sentencia de la Audiencia Provincial, por una parte, y en realizar una valoración jurídica incorrecta, como es que la simple realización de algunas inversiones anteriores constituye al cliente en inversor experimentado en el mercado financiero de este tipo de productos y exime a la empresa de inversión de la obligación de facilitar información adecuada sobre los riesgos del producto. Asimismo, insiste en la corrección de la información facilitada a los clientes, cuestión esta que ha quedado ya resuelta en el anterior motivo.

2.- Respecto de la segunda cuestión que se plantea en el motivo, esta sala ya ha declarado que, mediando una relación de asesoramiento entre la empresa de inversión y el cliente, la información sobre la naturaleza y riesgos del producto puede considerarse como determinante de la decisión de inversión del cliente, lo que es a su vez determinante para fijar la relación de causalidad entre la omisión de información y el daño derivado de la pérdida de la inversión (sentencia 583/2016, de 30 de septiembre). En este caso, Bankinter omitió facilitar a sus clientes información adecuada sobre el riesgo que finalmente se materializó y determinó la pérdida por parte de sus clientes de la práctica totalidad de su inversión, por lo que existió tanto una relación de causalidad fenomenológica como un título de imputación de la responsabilidad.

DECIMOCUARTO.- *Formulación del tercer motivo*

1.- El motivo tercero del recurso de casación formulado por Bankinter se encabeza así:

"Por el cauce del apartado 1 del artículo 477 de la LEC, por infracción del artículo 1.101 del Código Civil y de la Jurisprudencia contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2015, de 13 de julio de 2015 y de 13 de julio de 2016, al no existir relación de causalidad entre el supuesto incumplimiento por parte de Bankinter de su obligación de realizar el test de idoneidad y el daño sufrido por determinados demandantes, toda vez que los productos contratados se ajustaban al perfil de estos inversores"

2.- Este motivo del recurso solo se formula respecto de los demandantes que compraron lo que la recurrente denomina "productos Post-Mifid".

3.- En el desarrollo del motivo se alega que la infracción se habría cometido porque, respecto de estos demandantes, la sentencia de la Audiencia Provincial considera que la procedencia de la acción de indemnización no solo viene dada por el incumplimiento de la obligación de información por parte de Bankinter, sino también por el incumplimiento por Bankinter de su obligación de realizar el test de idoneidad.

DECIMOQUINTO.- *Decisión del tribunal: desestimación del motivo*

1.- Este motivo del recurso de Bankinter no puede determinar que casemos la sentencia recurrida, por varias razones. Una primera razón es que, para ello, debería haberse estimado alguno de los dos motivos formulados previamente, porque, como la propia recurrente reconoce, el argumento relativo a la falta de realización del test de idoneidad, además de aplicable solo a algunos de los clientes, es una razón adicional a la estimación de la pretensión de los demandantes, pues la primera y principal razón de la condena de Bankinter, aplicable a todos los demandantes, es que Bankinter omitió facilitarles, con la debida antelación, información adecuada sobre la naturaleza y los riesgos asociados a los productos de inversión ofertados, y que esa infracción de sus deberes como empresa de inversión fue determinante de la conducta de los demandantes y, consiguientemente, de los daños que sufrieron por la insolvencia de las entidades emisoras de tales productos. Y esta razón principal de la condena de la recurrente no ha quedado desvirtuada en los anteriores motivos del recurso

2.- Otra razón que determina la desestimación del recurso es que, al formularlo, Bankinter se aparta de la base fáctica sentada en la sentencia de la Audiencia Provincial, pues parte de que la falta de práctica del test de idoneidad fue completamente irrelevante a la vista del perfil inversor de los demandantes que adquirieron estos productos tras la entrada en vigor de la normativa MiFID, argumento que basa en los datos que la recurrente expone en el extenso "anexo" de su recurso, pero que no conforman la base fáctica de la sentencia recurrida.

DECIMOSEXTO.- *Formulación del cuarto motivo*

1.- El último y cuarto motivo del recurso de casación lleva este encabezamiento:

"Subsidiariamente, para el supuesto de que el Tribunal entendiera que se dan los requisitos para la procedencia de la acción indemnizatoria, por el cauce del apartado 1 del artículo 477 de la LEC, por infracción del inciso final del artículo 1.103 del Código Civil al no haberse moderado la indemnización".

2.- El motivo va referido a todos los demandantes respecto de los que se recurre.



3.- En el desarrollo del motivo se alega que la infracción se habría cometido porque la Audiencia Provincial no aplicó la facultad moderadora de la indemnización que prevé dicho precepto legal y que la indemnización declarada en favor de cada demandante no debería exceder de 20.000 euros pues el incumplimiento de Bankinter habría sido negligente, no doloso, habida cuenta de las circunstancias fácticas concurrentes.

DECIMOSÉPTIMO.- *Decisión del tribunal: improcedencia de plantear cuestiones nuevas en casación*

1.- El recurso de casación tiene por finalidad controlar la correcta interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico por parte de los tribunales de instancia. Por ello, no puede admitirse que en este recurso se planteen cuestiones nuevas, sobre las que los tribunales de instancia no hayan podido pronunciarse.

2.- Que este tribunal haya permitido de modo excepcional la aplicación por los tribunales de instancia de la facultad moderadora prevista en el art. 1103 del Código Civil no significa que esta cuestión pueda plantearse por primera vez en el recurso de casación. Lo que ha declarado esta sala es que el ejercicio de esta facultad discrecional no es revisable en casación, salvo aquellos casos en los que la decisión del tribunal de instancia de hacer uso de dicha facultad o la contraria, esto es, no hacer uso de la misma, pueda considerarse que incurre en arbitrariedad, porque las especiales circunstancias concurrentes determinaban la necesaria aplicación de la misma o, por el contrario, porque en su aplicación ha existido una desproporción notoria o una aplicación con criterio contrario al ponderado, racional y lógico. Pero ello presupone, naturalmente, que la cuestión se haya suscitado en la instancia y que los tribunales de instancia hayan fijado las bases fácticas y jurídicas que permitan al tribunal de casación decidir si la decisión del tribunal de apelación ha de considerarse enmarcada en la discrecionalidad que le permite el art. 1103 del Código Civil o si, por el contrario, por las razones expresadas en las sentencias mencionadas, puede considerarse como arbitraria y, por tanto, infractora del art. 1103 del Código Civil.

3.- En el presente caso, Bankinter pretende introducir la discusión, no solo jurídica, sino también fáctica, que justificaría el ejercicio de la referida facultad moderadora, en el recurso de casación, de ahí que la sentencia de la Audiencia Provincial no contenga ningún pronunciamiento sobre esta cuestión. Tal pretensión no es compatible con la naturaleza del recurso de casación, por lo que el motivo debe ser desestimado.

Recurso de casación formulado por los demandantes

DECIMOCTAVO.- *Formulación del motivo*

1.- El único motivo del recurso de casación de los demandantes que aún permanecen personados en el litigio se encabeza así:

"Por el cauce del art. 477.2.2º LEC, por infracción de los arts. 1101 y 1108 del Código Civil por parte de la Sentencia recurrida en relación con la condena al pago de intereses y la fijación de la fecha de inicio del devengo de los mismos (dies a quo)".

2.- La infracción vendría determinada porque la Audiencia Provincial habría aplicado incorrectamente el llamado "canon de la razonabilidad" para fijar en la fecha de su sentencia el día de inicio del devengo de intereses de las indemnizaciones que corresponden a los demandantes que adquirieron los llamados "productos Lehman", con base en la complejidad de la cuestión.

DECIMONOVENO.- *Decisión del tribunal: desestimación del motivo*

1.- Este motivo del recurso afecta a los pronunciamientos obtenidos por los adquirentes de bonos simples y bonos estructurados emitidos por Lehman Brothers. La sentencia de la Audiencia Provincial revocó el pronunciamiento que sobre este extremo se contenía en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que había condenado a Bankinter a indemnizar a estos demandantes en el valor que tenían sus productos en el momento de la quiebra de Lehman Brothers, y lo sustituyó por una condena a indemnizarles en el precio de adquisición de sus productos. En el caso de los adquirentes de bonos simples, como habían obtenido algunos rendimientos, acordó que su importe se detrajera del precio de adquisición. También debían deducirse las cantidades obtenidas en el procedimiento concursal del grupo Lehman.

Respecto de los intereses, el Juzgado de Primera Instancia había acordado que las indemnizaciones en favor de los adquirentes de productos Lehman devengarán el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de su cuantificación. La Audiencia Provincial, al incrementar estas indemnizaciones, acordó que las cantidades a que ascendían devengaran "intereses legales desde la fecha de esta sentencia".

2.- La dicotomía que se plantea en este motivo estriba en si las indemnizaciones que se declaran en favor de los adquirentes de los productos Lehman deben devengar el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda, como solicitan los demandantes con base en los arts. 1101 y 1108 del Código Civil, o si, por el contrario, conforme ha acordado la Audiencia Provincial, deben devengar el interés legal (lógicamente, no el



previsto en el art. 1108 en relación con los arts. 1100 y 1101, todos ellos del Código Civil, sino el previsto en otra norma legal, el art. 576.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) desde la fecha de la sentencia de segunda instancia, fecha que el tribunal de apelación (haciendo uso de la facultad prevista en el art. 576.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que revocó parcialmente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y aumentó la indemnización fijada en esa sentencia) fijó como *dies a quo* del devengo de ese interés legal de carácter procesal. Esto supuso, correlativamente, que no condenó a Bankinter a pagar el interés legal de estas indemnizaciones correspondiente al periodo transcurrido entre la interposición de la demanda y la sentencia que hoy se recurre. Es justamente este interés legal devengado entre la interposición de la demanda y la sentencia recurrida el que los recurrentes pretenden obtener en este motivo.

3.- Debemos partir de que la indemnización que en la sentencia de apelación se acuerda en favor de los adquirentes de bonos simples y estructurados Lehman no es la que se solicitó en la demanda, puesto que a las cantidades solicitadas por los demandantes han de detraerse algunas partidas.

4.- En el caso de los bonos simples, del precio de adquisición, que era la cantidad que se reclamaba en la demanda, ha de detraerse el importe de los rendimientos obtenidos por los adquirentes y el importe que hayan obtenido en el proceso de insolvencia del grupo Lehman Brothers. En el caso de los bonos estructurados, ha de detraerse esta última cantidad.

5.- Por tal razón, no puede considerarse que, al tiempo de la interposición de la demanda, las indemnizaciones que reclamaban los demandantes tuvieran la consideración de cantidad líquida.

6.- Como consecuencia de lo expuesto, es procedente valorar si la doctrina del "canon de la razonabilidad" que esta sala ha establecido como una moderación del aforismo clásico *in illiquidis non fit mora* [la deuda ilíquida no genera mora] ha sido aplicada correctamente.

7.- La Audiencia Provincial no ha infringido los preceptos legales invocados ni la jurisprudencia que los desarrolla. Para justificar su decisión, la Audiencia invoca expresamente una sentencia de esta sala que recoge esta doctrina del "canon de la razonabilidad" que, como declara la sentencia 382/2019, de 2 de julio, "da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y, en definitiva, a la plenitud de la tutela judicial, ya que toma como pautas de la razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de la adeudado, y las demás circunstancias concurrentes. Lo decisivo a estos efectos es, pues -como precisa la sentencia 111/2008, de 20 de febrero-, la certeza de la deuda u obligación, aunque se desconozca su cuantía".

8.- En el presente supuesto, la decisión de agrupar en una sola demanda las acciones de un número muy elevado de clientes y la complejidad que tal conducta ha provocado en el litigio, ha oscurecido significativamente las diversas cuestiones litigiosas y ha hecho que la oposición de la demandada pueda considerarse razonable, por más que esta oposición solo haya sido estimada plenamente respecto de uno de los codemandantes y, respecto del resto, haya sido estimada en aspectos muy parciales.

9.- Ello supone que la Audiencia Provincial no ha infringido los preceptos legales invocados y la jurisprudencia que los desarrolla, pues ha respetado los principios rectores de la doctrina del "canon de la razonabilidad", cuya aplicación conlleva un cierto margen de discrecionalidad que el Tribunal Supremo ha de respetar en tanto no se muestre irrazonable.

10.- Por otra parte, la complejidad derivada de la acumulación de las acciones de varios demandantes ha provocado una gran dilación en la tramitación del litigio, lo que hace aún más razonable que la Audiencia Provincial, en aplicación de la facultad discrecional que le otorga el art. 576.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, haya decidido que los intereses procesales de la indemnización se devenguen desde la sentencia de apelación. Ha sido la parte demandante la que ha optado por esta acumulación y la que, en consecuencia, ha de soportar las consecuencias negativas de la misma.

VIGÉSIMO.- 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, respectivamente, a la parte recurrente en cada uno de tales recursos.

2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido



1.º- Desestimar de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por Bankinter S.A. y por Air Complet S.L., D.ª Bibiana , Amt Godoy Services S.L., D. Arturo , D.ª Carlota , D.ª Cecilia , D. Bernardino por sucesión procesal de D. Carlos , Caysitos S.L., D.ª Edurne y D. Claudio , D.ª Encarna , D.ª Enriqueta , D. Desiderio , D. Domingo , D. Edemiro y D.ª Evangelina , D. Elias , D. Emilio , D. Erasmo , D. Esteban , D. Eulogio , D.ª Herminia por sucesión procesal de D. Fausto , D.ª Isidora , D.ª Julia , D. Fructuoso , D.ª Leticia , D. Germán , D. Gines , D. Guillermo , Giraplus S.L., D. Heraclio y D.ª Marina , D. Humberto , D. Isidoro , La Corona S.A., D. Iván , D.ª Noelia , D.ª Ofelia , D. Juan y D.ª Paulina , D. Laureano y D.ª Purificacion , D.ª Ramona , D. Luciano , D. Manuel , D. Marcos , D. Mario y D.ª Santiago , D. Maximo y D.ª Sonia , D. Nicolas , D. Octavio , D. Oscar y D.ª Vanesa , Transgestión Integral S.L., D.ª Virtudes y D. Porfirio , contra la sentencia de 20 de octubre de 2016, dictada por la Sección Vigésimoprimer de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 504/2010.

2.º- Condenar a los recurrentes al pago de las costas de sus respectivos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.