

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Vigésimoprimera
C/ Ferraz, 41 , Planta 6 - 28008
Tfno.: 914933872/73,3872
37007740
N.I.G.: 28.079.38.2-2010/7008203
Recurso de Apelación 504/2010



(01) 30692894443

O. Judicial Origen: JDO. PRIMERA INSTANCIA N.87 de MADRID
Autos de 1127/2009

APELANTE:: BANKINTER S.A.
PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES
Y OTROS
PROCURADOR D./Dña. ERNESTO GARCIA-LOZANO MARTIN

MB

SENTENCIA

MAGISTRADOS Ilmos Sres.:

D. GUILLERMO RIPOLL OLAZABAL

D. RAMON BELO GONZALEZ

D^a MARIA ALMUDENA CANOVAS DEL CASTILLO PASCUAL

En Madrid, a veinte de octubre de dos mil dieciséis. La Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto, en grado de apelación los autos de juicio ordinario número 1127/2009 procedentes del Juzgado del Juzgado de Primera Instancia número 87 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como Apelantes-Apelados:

apelado-apelante: BANKINTER S.A.

VISTO, siendo Magistrado Ponente el **Ilmo. Sr. DON GUILLERMO RIPOLL OLAZABAL**

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia número 87 de Madrid, en fecha 2 de marzo de 2010, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: **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 mismo. 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 SA 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 viere 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 le formulan de contrario.”

Con fecha 17 de marzo de 2010, se dictó auto aclaratorio, 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.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por ambas partes, del que se dio traslado a la parte contraria, quién se opuso en tiempo y forma. Elevándose los autos junto con oficio ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de 16 de junio de 2016, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, señalándose para deliberación, votación y fallo el día de 20 de septiembre de 2016.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar sentencia en esta segunda instancia por la extensión y complejidad de las actuaciones.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tras excluir a los demandantes que han dejado de serlo en la primera instancia, en el recurso de apelación o en el Tribunal Supremo, quedan como partes demandantes y ahora apelantes los siguientes:

1.- , que adquiere en junio de 2007 a través de la demadnada Bankinter SA un bono estructurado, bono bancos europeos 4 en USD, emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV por importe de 112.000

USD, equivalente a 83.376,76 euros.

2.- , que adquiere en julio de 2007 un bono estructurado, bono Bacom, emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 50.000 euros.

3.- que adquiere en marzo de 2008 un bono estructurado, Eurostoxx 3, emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 50.000 euros y un bono simple 6.37 emitido por la misma entidad por importe de 40.668,57 euros.

4.- , que adquieren en julio de 2007 un bono estructurado Bacom emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 50.000 euros.

5.- , que adquiere a través de la demanda Bankinter SA en julio de 2006 unas participaciones preferentes 6.25 emitidas por el Banco Islandés Landsbanki por importe de 352.273,29 euros.

6.- , que adquiere en febrero de 2006 participaciones preferentes del banco islandés Landsbanki por importe de 121.2000 euros.

7.- , que adquiere en febrero de 2008 un bono estructurado –Bono Fortaleza- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 50.000 euros.

8.- , que adquieren en febrero de 2008 un bono estructurado –Bono Fortaleza- , emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por un importe de 50.000 euros.

9.- , que adquiere en febrero de 2008 un bono estructurado –Bono Fortaleza- , emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por un importe de 75.000 euros.

10.- , que adquiere en julio de 2007 un bono

estructurado –Bono Bacom-, emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 50.000 euros.

11.- , que adquieren en julio de 2007 un bono estructurado, Bono Bancos Europeos 4 en USD, emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 200.000 USD (146.640 euros).

12.- , que adquiere en mayo de 2007 un bono estructurado –Bono Súper Cupón 35% 2- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 1.000.000 de euros.

13.- , que adquiere en febrero de 2008 un bono estructurado –Bono Fortaleza- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 50.000 euros.

14.- , que adquiere en diciembre de 2007 un bono estructurado –Bono Gran Banca 2- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 50.000 euros, y en febrero de 2008 otro bono estructurado –Bono Fortaleza-, emitido por la misma entidad, por importe de otros 50.000 euros.

15.- que adquiere en diciembre de 2007 un bono estructurado –Bono Gran Banca 2-, emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 62.000 euros, y en febrero de 2008 un bono estructurado –Bono Fortaleza- emitido por la misma entidad, por importe de 150.000 euros.

16.- , que adquiere en febrero de 2008 un bono estructurado –Bono Fortaleza- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 50.000 euros.

17.- , que adquieren en febrero de 2008 un bono estructurado –Bono Fortaleza- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 50.000 euros.

18.- , que adquieren en febrero de 2008 un bono estructurado –Bono Fortaleza- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 50.000 euros.

19.- , que adquiere en febrero de 2008 un bono estructurado –Bono Fortaleza- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 385.000 euros.

20.- , que adquieren en julio de 2007 unas participaciones preferentes 6.75 del banco islandés Kaupthing, por importe de 30.360 euros.

21.- , que adquiere en dos veces bonos estructurados –Bono Fortaleza- emitidos por Lehman Brothers Treasury Co BV, en febrero de 2008 por importe en total de 100.000 euros (50.000 euros cada adquisición).

22.- , que adquieren en febrero de 2008 un bono estructurado –Bono Fortaleza- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV por importe de 50.000 euros.

23.- , que adquiere en julio de 2007 participaciones preferentes del banco islandés Kaupthings por importe de 100.707,50 euros.

24.- , que adquiere en abril de 2006 participaciones preferentes del Banco Islandés Landsbanki por importe de 238.671,66 euros.

25.- , que adquiere en febrero de 2006 un bono estructurado –Cupón Grandes Índices- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 50.000 euros.

26.- , que adquiere en marzo de 2006 unas participaciones preferentes 6.25 del Banco Islandés Landsbanki por importe de 50.078,12 euros.

27.- , que adquiere en febrero de 2008 un bono estructurado –Bono Fortaleza- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 50.000 euros.

28.- , que adquiere en febrero de 2008 un bono estructurado –Bono Fortaleza- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 50.000 euros.

29.- , que adquiere en julio de 2007 un bono estructurado –Bono Bacom- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 50.000 euros. La orden de compra figura a nombre de D. , y por diligencia de ordenación de 30 de octubre de 2014 dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo se tuvo por comparecida y parte a como sucesora procesal de

30.- , que adquiere en marzo de 2008 un bono estructurado –Bono Inflación Española- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 200.000 euros.

31.- , que adquiere en febrero de 2008 un bono estructurado -Bono Fortaleza- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 50.000 euros.

32.- , que adquiere en febrero de 2008 un bono estructurado –Bono Fortaleza- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 50.000 euros.

33.- , que adquiere en febrero de 2008 un bono estructurado –Bono Fortaleza- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 50.000 euros.

34.- , que adquiere en julio de 2007 un bono estructurado –Bono Bacom- emitido por Lehman Brothers Treasury Co

BV, por importe de 50.000 euros.

35.- [redacted], que adquiere en febrero de 2008 un bono estructurado –Bono Fortaleza- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 54.000 euros.

36.- [redacted], que adquiere en febrero de 2008 un bono estructurado –Bono Fortaleza- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 50.000 euros.

37.- [redacted], que adquiere en julio de 2007 un bono estructurado –Bono Bacom- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 50.000 euros.

38.- [redacted], que adquiere en el mes de marzo de 2006 unas participaciones preferentes del Banco Islandés Landsbanki por importe de 31.000 euros.

39.- [redacted], que adquiere en diciembre de 2007 un bono estructurado –Bono Gran Banca 2- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 50.000 euros.

40.- [redacted] que adquiere en diciembre de 2005 un bono estructurado Nikkei 225 (así lo manifiesta la parte demandada), emitido por Lehman Brothers por importe de 100.000 euros.

41.- [redacted] que adquieren en julio de 2007 un bono estructurado –Bono Bacom- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 75.000 euros.

42.- [redacted], que adquirió en marzo de 2006 unas participaciones preferentes 6.25 del Banco Islandés Landsbanki por importe de 60.797.91 euros.

43.- [redacted], que adquiere en diciembre de 2007 un bono estructurado –Bono Gran Banca 2- emitido por

Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 75.000 euros.

44.- , que adquiere en noviembre de 2005 un bono simple 7.25 emitido por Lehman Brothers por importe de 264.769,04 euros, y añadida comisión de 265.695.73 euros.

45.- , que adquiere en diciembre de 2007 un bono estructurado –Bono Eurostoxx 2- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 100.000 euros, y en marzo de 2008 otro bono estructurado –Bono Inflación Española- emitido por la misma entidad, por importe de 130.000 euros.

46.- , que adquiere en marzo de 2008 un bono estructurado –Bono Eurostoxx 3- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 1.200.000 euros.

47.- , que adquiere en julio de 2007 un bono estructurado –Bono Bacom- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 50.000 euros.

48.- , que adquiere en mayo de 2007 un bono estructurado –Bono Super Cupón 35%2- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 200.000 euros.

49.- , que adquieren en julio de 2007 un bono estructurado- Bono Bacom- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 120.000 euros.

50.- , que adquieren en octubre de 2005 un bono simple 7.25 emitido por Lehman Brothers por importe de 100.000 euros. Por diligencia de ordenación dictada el 30 de octubre de 2014 por la Sala Primera del Tribunal Supremo se tuvo por personadas a

51.- ,

que adquirieron en julio de 2007 un bono estructurado –Bono Bacom-emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 60.000euros.

52.- , que adquiere en febrero de 2008 un bono estructurado –Bono Fortaleza- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 150.000 euros.

53.- que adquiere en julio de 2007 un bono estructurado –Bono Bacom- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 100.000 euros.

54.- , que adquiere en febrero de 2008 un bono estructurado –Bono Fortaleza- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 60.000 euros.

55.- , que adquiere en febrero de 2008 un bono estructurado –Bono Fortaleza- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 50.000 euros.

56.- , que adquirieron en julio de 2007 un bono estructurado –Bono Bacom- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 50.000 euros, y en febrero de 2008 otro bono estructurado –Bono Fortaleza- emitido por la misma entidad por importe de 70.000 euros.

57.- , que adquiere en octubre de 2006 un bono simple 7.25 emitido por Lehman Brothers por importe de 58.000 euros.

58.- , que adquiere en mayo de 2005 un bono simple 7.00 emitido por Lehman Brothers por importe de 45.429,04 euros, y añadiendo la comisión de compra de 45.519,90 euros.

59.- , que adquirieron en febrero de 2006 un bono simple 7.25 emitido por Lehman Brothers por importe de 90.612,12 euros, y en febrero de 2008 un bono estructurado –Bono Fortaleza- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV,

por importe de 100.000 euros.

60.-

que adquirieron en julio de 2007 un bono estructurado –Bono Bacom- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 200.000 euros.

61.-

, que adquiere en julio de 2007 un bono estructurado –Bono Bacom- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 100.000 euros.

62.-

, que adquiere en febrero de 2008 un bono estructurado –Bono Fortaleza- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 50.000 euros.

63.-

que adquieren en febrero de 2008 un bono estructurado –Bono Fortaleza- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 50.000 euros

64.-

que adquiere en mayo de 2006 unas participaciones preferentes 6.25 emitidas por el Banco Islandés Landsbanki por importe de 138.000 euros, constando como ordenantes de la inversión tanto el

65.-

, que adquiere en julio de 2007 un bono estructurado –Bono Bacom- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 75.000 euros.

66.-

, que adquiere en febrero de 2006 unas participaciones preferentes emitidas por el Banco Islandés Landsbanki por importe de 78.599,62 euros, figurando como ordenantes de la inversión tanto

67.-

, que adquiere en febrero de 2008 un bono estructurado –Bono Fortaleza- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV,

por importe de 50.000 euros.

68.- , que adquiere en mayo de 2007 un bono estructurado _Bono Super Cupón 35%2- emitido por Lehman Brothers Treasury Co BV, por importe de 54.000 euros.

69.- , que adquiere en junio de 2006 unas participaciones preferentes del banco islandés Landsbanki por importe de 120.000 euros.

SEGUNDO.- Como se puede observar del fundamento anterior nos encontramos ante tres productos de inversión distintos, participaciones preferentes, bonos simples y bonos estructurados.

Las participaciones preferentes emitidas por los bancos islandeses Landsbanki y Koupthing y todas ellas comercializadas por la demandada Bankinter SA con anterioridad a la trasposición a nuestro ordenamiento de la Directiva Comunitaria, 2004/39/CE (Markets in Financial Instruments Directive), Directiva Mifid, por Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que modificó la Ley de Mercado de Valores 24/1988.

Bonos simples emitidos por Lehman Brothers y comercializados por la demandada Bankinter SA los hay anteriores a la entrada en vigor de la Ley 47/2007 (los llamaremos Pre-Mifid) y posteriores (a estos los denominaremos Post-Mifid), y lo mismo ocurre con los bonos estructurados.

Se nos excusará de explicar las características de los productos financieros en litigio: participaciones preferentes, bonos simples y bonos estructurados, pues las partes procesales ya los conocen sobradamente y no es materia objeto de controversia. Solo describiremos someramente los diversos bonos estructurados en juego, todos ellos emitidos por la entidad Lehman Brothers Treasury Co BV y constando como garante Lehman Brothers Holding Inc.

Bonos Estructurados Pre-Mifid;

- a) Bono Bancos Europeos 4 en USD. Bono estructurado con capital garantizado. Divisa: USD. Subyacentes: Acciones ING Groep NV, Fortis y Lloyds Group Pic. Fecha emisión/desembolso 1 de junio de 2007.
- b) Bono estructurado Bacom, sin capital garantizado. Subyacentes: Acciones BBVA y France Telecom. Fecha emisión/desembolso 6/7/2007.
- c) Bono estructurado Súper Cupón 350/02, sin capital garantizado, Subyacentes: Acciones France Telecom SA, Telecom Italia Spa, y Deutsche Telecom AG. Fecha emisión/desembolso 25/5/2007.
- d) Bono estructurado Gran Banca 2, sin capital garantizado. Subyacentes: acciones BSCH SA y BBVA SA. Fecha emisión/desembolso 7/2/2007.
- e) Bono estructurado Eurostoxx 2, sin capital garantizado. Subyacente: Índice DJ Eurostoxx 50. Fecha emisión/desembolso 14/12/2007

Bonos Estructurados Post-Mifid:

- f) Bono estructurado Fortaleza, sin capital garantizado. Subyacentes: Acciones Deutsche Bank AG e Ing Group NV. Fecha emisión/desembolso 15/2/2008.
- g) Bono estructurado Cupón Grandes Índices, sin capital garantizado. Subyacentes: Ibex 35 y Eurostoxx. Fecha emisión/desembolso 7/2/2008.
- h) Bono estructurado Inflación Española, con capital garantizado. Subyacente: IPC del INE. Fecha de emisión/desembolso 14/3/2008.
- i) Bono estructurado Cupón Eurostoxx 3, sin capital garantizado. Subyacente: Índice DJ Eurostoxx 50. Fecha emisión/desembolso 14/3/2008.

TERCERO.- Los demandantes ejercitan varias acciones. La acción principal es por incumplimiento de la comisión mercantil al haber utilizado la demandada cuentas globales u ómnibus, con la consecuencia de no haber ejecutado la demandada la obligación de entrega de los instrumentos mediante la correspondiente anotación en cuenta a nombre de cada uno de los adquirentes, interesándose como indemnización el abono del capital invertido con intereses.

La primera petición subsidiaria es de resolución del contrato de adquisición de los productos de inversión por incumplimiento por parte de la demandada de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información, con la consiguiente devolución a los demandantes de las sumas invertidas con intereses.

La segunda petición subsidiaria es indemnizatoria de daños y perjuicios por el mismo incumplimiento por parte de la demandada de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información, cifrada la indemnización en la pérdida de valor de las inversiones, más intereses.

La tercera acción subsidiaria afecta a la negligencia de la demandada Bankinter SA en el seguimiento de la inversión e información permanente, determinando la indemnización en función de la pérdida de valor de las inversiones, más intereses.

Y en la última acción subsidiaria a las anteriores se pretende que la demandada Bankinter SA entregue a los demandantes un certificado de legitimación de los valores de su titularidad.

CUARTO.- La sentencia dictada por el Juzgado, cuya completa parte dispositiva se recoge en los antecedentes de esta resolución, rechaza la acción principal. Tampoco admite implícitamente la primera acción subsidiaria, la

resolutoria del contrato de adquisición de los productos de inversión. En cuanto a la segunda acción subsidiaria, la indemnizatoria de daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones de diligencia, lealtad e información, la admite para los adquirentes de participaciones preferentes pero la rechaza para los adquirentes de productos Lehman, aunque respecto a éstos admite la tercera acción subsidiaria al entender que no se les facilitó información posterior puntual y exhaustiva.

La consecuencia supone la estimación parcial de la demanda y la condena a la demandada Bankinter SA a abonar a los demandantes adquirentes de productos de bancos islandeses el precio de adquisición al momento inicial de la compra, minorado en el importe de la rentabilidad satisfecha por los mismos, con intereses desde la fecha de la sentencia. En cuanto a los demandantes adquirentes de productos Lehman se condena a la demandada Bankinter SA a abonar el precio de los instrumentos de inversión al tiempo de la insolvencia del grupo Lehman producida entre los días 18 y 28 de septiembre de 2008, con intereses.

Con posterioridad se dicta auto aclaratorio de la sentencia para determinar que la indemnización a los adquirentes de productos Lehman debía fijarse en atención al precio que los instrumentos tenían al tiempo de la insolvencia del grupo Lehman producida el día 13 de septiembre de 2008.

La sentencia ha sido recurrida en apelación por ambas partes, debiéndose pronunciar el Tribunal exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en los recursos (artículo 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

QUINTO.- Alegó la demandada Bankinter SA en su recurso de apelación una infracción de normas y garantías procesales por indebida acumulación subjetiva de acciones, tema definitivamente resuelto por la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Al contestar a la demanda Bankinter SA ya mantuvo la indebida acumulación subjetiva de las acciones subsidiarias, defecto procesal que fue rechazado en el acto de la audiencia previa celebrado en la primera instancia, recurriendo en reposición esta decisión la parte demandada, que desestimado que fue su recurso, formuló la oportuna protesta.

La Sección vigesimoprimera bis de esta Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia el 31 de mayo de 2012 estimando el recurso de apelación interpuesto por Bankinter SA y desestimando el formulado por y otros, revocando la sentencia apelada y estimando indebida la acumulación de acciones en la demanda, por lo que acordó el archivo del proceso, dejando aquellas imprejuzgadas.

La Sala Primera del Tribunal Supremo dictó a su vez sentencia el 21 de octubre de 2015 declarando haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por y otros, anulando la sentencia recurrida, que se declaró sin valor ni efecto alguno, y reponiendo las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia de apelación, con el fin de que la Audiencia Provincial dictase nueva sentencia resolviendo los recursos de apelación formulados, una vez que la excepción de indebida acumulación de acciones había sido desestimada.

SEXTO.- Alega igualmente la demandada Bankinter SA en su recurso de apelación una infracción de normas o garantías procesales por falta de motivación de la sentencia, al no referirse ésta a cada demandante y a la normativa concreta referida a la obligación de información.

La denuncia de infracción procesal resulta inconsistente, estando perfectamente motivada y razonada la sentencia recurrida, que además distingue entre los adquirentes de las participaciones preferentes y de los productos Lehman, siendo cuestión bien distinta que la argumentación de la

sentencia impugnada no sea del agrado de la parte apelante.

SEPTIMO.- En cuanto a la infracción procesal que pretende hacer valer la parte actora en su recurso en relación a ciertos hechos que quiso alegar en el acto del juicio celebrado en primera instancia y documentos que intentó aportar en aquel acto procesal, debemos estar a lo ya resulto en este Rollo de apelación en auto de fecha 20 de enero de 2011, no anudándose, por otra parte, a esta alegación otra pretensión que la de admisión de prueba documental en esta segunda instancia, petición rechazada en el auto antes mencionado.

OCTAVO.- Como ya dijimos, la sentencia apelada rechaza la acción principal de la demanda, de responsabilidad de la demandada por incumplimiento de la comisión encomendada, al no haberse ejecutado la obligación de entrega de los instrumentos mediante la correspondiente anotación en cuenta a nombre de cada uno de las adquirentes, habiendo utilizado indebidamente la demandada unas denominadas cuentas globales u omnibus; pronunciamiento desestimatorio que es recurrido en apelación por la parte actora.

El Tribunal, en su función revisora, coincide con el criterio del Juzgador “a quo” de que este incumplimiento contractual no resulta acreditado, ni aparece la utilización por la demandada de cuentas globales u omnibus para registrar las inversiones.

Lo cierto es que las explicaciones de Bankinter SA al contestar a la demanda resultan bastante convincentes. Los valores adquiridos por los demandantes son valores extranjeros, registrados en una entidad también extranjera –Euroclear-, siendo Bankinter entidad participante en el Sistema Central de Compensación y liquidación de valores, que no permite anotar los títulos a favor de los particulares adquirentes finales. Por eso Bankinter, que es

una entidad bancaria participante en Euroclear tiene tres cuentas en la misma, una de ellas la de terceros, denominada Bankinter Client Acc Madrid, donde tiene incluida las posiciones de valores adquiridas en nombre y por cuenta de los clientes.

No resulta por ello justificado que la demandada Bankinter haya utilizado para registrar los valores adquiridos por los demandantes cuentas globales de valores o cuentas omnibus, cuentas de una entidad financiera que actúe como depositaria de las cuentas globales en los términos de la Circular 2/2000, de 30 de mayo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, (circular derogada por la 7/2011, de 12 de diciembre, del mismo organismo), o cuenta global de un tercero en los términos del artículo 65 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y demás entidades que prestan servicios de inversión.

NOVENO.- Respecto a las participaciones preferentes emitidas por los bancos islandeses Landsbanki y Kaupthing, la sentencia apelada viene a entender que no se suministró a los demandantes la información adecuada, por lo que acoge la segunda acción subsidiaria (la indemnizatoria, no la resolutoria) y condena a la demandada Bankinter a indemnizar con el precio de adquisición del producto, minorado en el importe de la rentabilidad obtenida por aquel, con intereses desde la fecha de la sentencia.

Este pronunciamiento es recurrido en apelación por la demandada Bankinter, que alega un error en la valoración de la prueba respecto a la información facilitada del producto; una infracción de los artículos 1101 y siguientes del Código Civil por no concurrir los requisitos establecidos legal y jurisprudencialmente para establecer la condena a indemnizar por responsabilidad contractual; y una infracción del artículo 7.2 del Código Civil y doctrina jurisprudencial acerca de la buena fe, los actos propios y el retraso

culpable en el ejercicio de la acción, dada la percepción por los adquirentes de las participaciones de los correspondientes cupones de intereses.

DECIMO.- En relación a estas cuestiones declara la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2015 que “La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión, tanto la anterior a la transposición de la Directiva MiFID como la posterior, impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes, si bien la que transpone la citada directiva lo hace de un modo más sistematizado y exigente, tanto en la recogida de información sobre el cliente, sus conocimientos y necesidades de inversión, como en el suministro de información por parte de la empresa de inversión al cliente para que comprenda la naturaleza, las características y los riesgos de los distintos productos y servicios de inversión, y decida si contrata y, en su caso, qué productos o servicios contrata, con un consentimiento suficientemente informado.

4.- La Ley del Mercado de Valores (en lo sucesivo, LMV), en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable por razones temporales al primero de los contratos cuya nulidad se solicita, dedica el título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión. El art. 79 LMV establecía como principios a los que debían atenerse las empresas que actuaran en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, los de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado, organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios, asegurarse de que disponen de toda la información necesaria

sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados, y dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste.

Por tanto, aunque tras la reforma operada por la transposición de la Directiva MiFID, el nuevo art. 79 .bis LMV sistematiza mucho más la información a recabar por las empresas de inversión de sus clientes y la que deben proporcionarle, con anterioridad a dicha reforma ya existía esa obligación de informarse sobre el perfil de sus clientes y las necesidades y preferencias inversoras de estos y de suministrarles la información adecuada e imparcial.

La previsión contenida en la anterior redacción del art. 79 LMV desarrollaba la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha directiva. Los arts. 10 a 12 de la directiva fijan un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Su art. 11 prevé que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a « informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados [...]; a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes».

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la LMV. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por razones temporales, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían

actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo):

« 1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...]. 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos ».

La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, que desarrollaba parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993, establecía en su art. 9: « Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos».

La existencia de menciones predispuestas en los contratos conforme a las cuales la decisión de contratar se habría debido a la iniciativa del cliente y no a la propuesta de Banesto, o que cada parte tenía capacidad para evaluar y entender (independientemente o a través de asesoramiento profesional) y

habían entendido, los términos, condiciones y riesgos del contrato y de las operaciones a que el mismo se refería, que se adecuaban a su experiencia inversora y financiera, y que su decisión no estaba basada en ninguna recomendación ni asesoramiento financiero o de inversión por parte de Banesto, carece de trascendencia. Ya hemos declarado en ocasiones anteriores (sentencia núm. 244/2013, de 18 abril, 769/2014, de 12 de enero de 2015 , 222/2015, de 29 de abril , y 265/2015, de 22 de abril) la ineficacia de las menciones predispuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos.

La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente o eximiera a la empresa de servicios de inversión de facilitarle el asesoramiento a que está obligada cuando la iniciativa de ofrecer el producto parte de ella. Tanto más si con ellas la empresa de servicios de inversión pretende eludir el cumplimiento de sus obligaciones, como son las de dar información imparcial, clara, no engañosa y con suficiente antelación a sus clientes cuando les ofrece contratar productos financieros complejos y de riesgo”.

La sentencia del Alto Tribunal de 17 de diciembre de 2015 declara igualmente que “3.- Así, hemos dicho en la sentencia del Pleno 491/2015, de 15 de septiembre , con remisión a la sentencia 460/2014, de 10 de septiembre , que con anterioridad a la trasposición de la Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores ya daba «[u]na destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y

servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza»

4.- El art. 79 LMV, en su anterior redacción (que, como veremos, se cita como infringido en el tercer motivo de casación), ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de "[a]segurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]".

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

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

“1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

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

En similares términos se han pronunciado las sentencias del Tribunal Supremo de 8 y 10 de septiembre de 2014, 16 de septiembre de 2015 y 25 de febrero de 2016.

UNDÉCIMO.- La falta de información a los adquirentes de las participaciones sobre la naturaleza y características del producto adquirido y sus riesgos asociados es patente.

Las órdenes de suscripción del producto que obran en las actuaciones no contienen la información requerida, que tampoco consta acreditada se facilitase por otros medios. El algún caso, como

ni siquiera obra la orden de compra, y en otros, como el de

la información suministrada por correo electrónico resulta

claramente insuficiente.

Como declaran las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013, 10 de septiembre y 30 de diciembre de 2014, 10 y 13 de julio de 2015, “Este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad de los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes...”

Por lo tanto, ni se impone una responsabilidad de carácter objetivo a la demandada ni se infringen los artículos 1101 y siguientes del Código Civil, siendo de apreciar el daño y la adecuada relación causal con la conducta negligente y antijurídica de la demandada de acuerdo con la doctrina jurisprudencial antes señalada.

DUODÉCIMO.- La vinculación a los actos propios es una doctrina recogida por el Tribunal Supremo, así en sentencias de 28 de enero de 2000, 23 de mayo y 22 de octubre de 2003, admitiendo el principio general de Derecho que veda ir contra los propios actos (“nemo potest contra proprium actum venire”) como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el artículo 7.1 del Código Civil que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, y con base en el que se impone un deber de coherencia en el tráfico sin que sea dable defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás, pero para su aplicación se precisa la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una

incompatibilidad o contradicción, en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior; doctrina que no es de aplicación cuando los precedentes fácticos que se invocan tiene carácter ambiguo o inconcreto o carecen de la trascendencia que se pretende para producir el cambio jurídico.

La percepción por los adquirentes de las participaciones preferentes de los correspondientes cupones no supone un acto concluyente e indubitado incompatible con la acción indemnizatoria ejercitada por falta de la información adecuada por parte de la entidad bancaria acerca de la naturaleza y características del producto adquirido y sus riesgos asociados.

DECIMOTERCERO.- En cuanto a esta adquisición de participaciones preferentes por los demandantes, la demandada Bankinter sostiene que por el historial inversor de cada uno de ellos debían ser conocedores de la naturaleza y características del producto y sus riesgos asociados.

No es tal el criterio del Tribunal Supremo que se desprende de las sentencias de 16 de septiembre de 2015, 25 de febrero y 17 de junio de 2016.

Tras indicar la primera de dichas sentencias que “Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante” declara a continuación que “No existe prueba

adecuada de que la demandante tuviera el perfil de inversora experta que le atribuye Bankinter y que fue aceptado por la Audiencia. Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que la demandante hubiera hecho algunas inversiones no la convierte tampoco en cliente experta, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a la demandante una información adecuada para contratar el producto conociendo y asumiendo los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. La contratación de algunos productos de inversión con el asesoramiento de Bankinter, sin que el banco pruebe que la información que dio a la cliente fue mejor que la que suministró en el caso objeto del recurso, y en concreto, que fue la exigida por la normativa del mercado de valores, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto del cliente”.

DECIMOCUARTO.- Es por todo lo anteriormente expuesto que debe confirmarse el pronunciamiento de la sentencia recurrida en lo que afecta a los adquirentes de productos de bonos islandeses, desestimando en este aspecto el recurso de apelación formulado por la demandada Bankinter SA.

DECIMOQUINTO.- En cuanto a los productos Lehman (bonos simples y bonos estructurados) los hay adquiridos antes de la entrada en vigor de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que modificó la Ley de Mercado de Valores 24/1998, y que llamamos Pre-Mifid, y otros adquiridos con posterioridad a esta modificación legal (Post-Mifid).

La sentencia apelada decide no pronunciarse sobre si existió o no asesoramiento en materia de inversiones, y al estimar que los adquirentes de estos productos eran conscientes de lo que adquirirían y tenían conocimiento de

los riesgos, bondades y rentabilidades de los instrumentos financieros en que invertían, desestima la acción subsidiaria segunda de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de la demandada de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información en la comercialización de dichos productos, aunque respecto a los adquirentes de los mismos después acoge la tercera acción subsidiaria, al entender que no se les facilitó una información posterior puntual y exhaustiva. Ello suponía también la desestimación implícita de la primera acción subsidiaria (la resolutoria del contrato de adquisición de los productos de inversión).

Lo que mantiene la parte demandante en su recurso es que los adquirentes de estos productos Lehman tenían las mismas carencias informativas que los adquirentes de las participaciones preferentes de los bancos islandeses, por lo que viene a propugnar para ellos la misma solución que para los últimos (la indemnizatoria de daños y perjuicios).

Asimismo va a sostener la parte demandante en su recurso la efectiva existencia de un asesoramiento en materia de inversiones, cuestión que despliega su verdadera importancia sobre los productos adquiridos Post-Mifid, y sobre la que ya hemos dicho que la sentencia impugnada decidió no pronunciarse.

Antes de la modificación de la Ley de Mercado de Valores 24/1988 por Ley 47/2007, de 19 de diciembre, el artículo 63 de aquella Ley consideraba actividades complementarias a los servicios de inversión el asesoramiento sobre inversión en uno o varios instrumentos de los previstos en el número 4 del precepto. Modificado el artículo 63 de la Ley de Mercado de Valores 24/1988 por la Ley 47/2007, el artículo 63.1.G) consideraba servicios de inversión “El asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una

o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas comunicaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial”, teniendo especial interés a estos efectos la resolución de fecha 30 de Mayo de 2013 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de 1ª Instancia número 12 de los de Madrid, que viene a entender constituye un servicio de asesoramiento en materia de inversión la recomendación dirigida por una entidad a un cliente sobre la suscripción de un producto financiero, cuando se dirige a éste en su calidad de inversor, considerando el mismo como conveniente para el cliente o porque se base en las circunstancias personales de éste, siempre que esta recomendación no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público.

Como señala la propia sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013, la cuestión de si un servicio de inversión es un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en qué consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente.

Realmente es difícil entender la comercialización de estos productos fuera de los que actualmente se considera un asesoramiento en materia de inversión. Así lo apuntan las órdenes de contratación de los bonos estructurados cuando expresan que “El Cliente reconoce que ha sido asesorado sobre el riesgo del Producto y sobre si la inversión en este Producto es adecuada para su perfil de inversor”, y resulta de la declaración testifical de

, aunque ésta quede delimitada a unas concretas contrataciones.

Consideramos razonable, en suma, estimar que la comercialización de los

productos por parte de Bankinter SA se desarrolló en el ámbito de lo que actualmente se califica como un asesoramiento en materia de inversión.

DECIMOSEXTO.- En los bonos estructurados Pre-Mifid, las características esencial del producto constan en la orden de compra (cuando existe), no quedando acreditado con carácter general la previa entrega al inversor de un documento informativo sobre el producto. Tampoco aparece acreditado que la orden de contratación se suscribiera con posterioridad a la materialización de la inversión.

En las órdenes de contratación de los bonos estructurados se describe, a nuestro juicio adecuadamente, el funcionamiento del producto, se determinan los subyacentes, y se indica quien es el emisor (Lehman Brothers Treasury Co BV) y quien el garante (Lehman Brothers Holding Inc), y respecto al primero, al emisor, se señala su rating (A1 de Moody's y A+ de S&P o A1, A+, AA-)

Ya la parte actora expresaba en su demanda que en cuanto a estos productos no ha sido el riesgo de la volatilidad del subyacente el que ha dado lugar a la pérdida del capital invertido, sino la quiebra de Lehman.

La cuestión central radica en determinar si los adquirentes de estos productos fueron informados correctamente por la demandada Bankinter SA del denominado riesgo de emisor o riesgo de crédito, lo que pasa por dividir si es suficiente para la información de dicho riesgo con la indicación del rating del emisor.

Nuestra opinión sobre este tema ya se recogió en la sentencia de 23 de septiembre de 2013 para el bono estructurado denominado Fortaleza, pero nuestro criterio fue desautorizado por el Tribunal Supremo, que casó nuestra sentencia en la suya de fecha 10 de julio de 2015.

Se espera razonablemente de un Tribunal inferior que respete y aplique la doctrina jurisprudencial que emana de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Elementales principios de seguridad jurídica así lo aconsejan.

Y lo cierto es que el Tribunal Supremo se pronuncia sobre esta concreta cuestión con carácter bastante general en las sentencias de 10 de septiembre de 2014 y 16 de septiembre de 2015.

La primera de dichas sentencias se dicta por el Pleno de la Sala Primera y contempla la comercialización de productos estructurados. Tras expresarse que no se indicaba el riesgo de pérdida de la inversión en caso de insolvencia del emisor por la inexistencia de fondo de garantía alguna, que en ningún caso se identificaba adecuadamente como riesgo de pérdida de la inversión ligado a la solvencia de la entidad, o que no puede aceptarse que para los adquirentes de la inversión fuera obvio que la recuperación del dinero que invertían pudiera verse impedida por la insolvencia de una entidad no sometida a la supervisión de autoridad española alguna y no cubierta por ningún fondo de garantía, declara la referida sentencia que “No se acepta la tesis de la audiencia sobre la irrelevancia de que el riesgo determinante en la prestación del consentimiento por los demandantes (la evolución del activo subyacente, emitido por una empresa conocida y de prestigio) fuera distinto al riesgo finalmente acaecido y que determinó la pérdida de la inversión (la insolvencia de la entidad emisora del producto, cuya identidad no era suficientemente conocida por los demandantes, y la carencia de un fondo de garantía), y que el desconocimiento de esos aspectos esenciales del riesgo (que el emisor del producto era una entidad diferente de aquella a la que el cliente podía asociar razonablemente el riesgo -BES o BES Vida, como empresa con la que contrataba, o BBVA y otras empresas conocidas y de reconocida solvencia que emitían el activo subyacente-, que el resultado de la inversión fuera ligado a la solvencia de ese emisor y que no existiera cobertura por ningún fondo de garantía) no constituye un error esencial sobre el objeto y las condiciones del contrato”.

Igualmente declara la citada sentencia del Alto Tribunal que “En cuanto

a la alta calificación que las empresas de "rating" otorgaban a los productos de Lehman Brothers y del banco islandés Kaupthing, ya afirmamos en nuestra sentencia de pleno núm. 240/2013, de 17 de abril, que « a esta Sala no le corresponde pronunciarse sobre las autoridades supervisoras y las agencias de calificación [...] pero sí sobre la responsabilidad de la hoy recurrente frente al demandante por haber mantenido una inversión contraria a su perfil conservador, plasmado en el contrato, y sin facilitarle la más mínima información sobre el riesgo del fondo en cuestión como le exigían todas las normas citadas en la sentencia recurrida... ».

No es admisible que las demandadas pretendan eludir las consecuencias de sus incumplimientos en materia de información detallada sobre los riesgos de la inversión que aconsejaron, primero, y contrataron, después, para sus clientes, alegando que los datos de los que no informaron adecuadamente a estos (identidad de los emisores de los bonos estructurados y solvencia de tales emisores) eran incluso más favorables para sus clientes que los que estos creían eran los pertinentes (solvencia de BES y BES Vida, con quienes contrataban, y de BBVA y demás empresas emisores de los activos subyacentes). Debían ser los clientes quienes, contando con la información exigida por la normativa del mercado de valores, decidieran si dichos emisores les resultaban fiables, especialmente una vez que se les suministrara información completa y clara sobre el riesgo de pérdida de su inversión que iba asociada a la insolvencia de esas empresas extranjeras, sin que existiera fondo de garantía que respondiera de tales pérdidas...

En la contratación de productos o servicios de inversión con clientes no profesionales, no basta con el conocimiento difuso de la posible existencia de un riesgo que en principio puede suponerse al estar contratando un producto de inversión, ni siquiera la existencia de advertencias genéricas de riesgo; es precisa una información suficiente y clara, suministrada con la antelación

adecuada, sobre las características del servicio o del producto, la identidad del emisor, sobre la existencia o inexistencia de garantías y, en su caso, la identidad y características del garante, y sobre el alcance preciso de los diversos riesgos asociados al producto o servicio contratado, que permita al cliente formar correctamente las presuposiciones del contrato”.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2015 declara que “7.- En el caso objeto del recurso, la tesis de la Audiencia Provincial, que asume lo declarado sobre este particular por otra sentencia de otra sección de la Audiencia de Madrid, consiste en que « [n]o se puede apreciar, por tanto, conducta negligente en Bankinter por no conocer ni informar a su cliente sobre un posible riesgo de insolvencia de los Bancos islandeses que le era desconocido ».

La afirmación no se considera correcta, puesto que una cosa es que Bankinter, cuando ofreció a la demandante la contratación de las participaciones preferentes, no pudiera saber que el banco islandés iba a entrar en una situación de insolvencia, y otra diferente es que sí conocía que existía ese riesgo de insolvencia, puesto que se trataba de una inversión que no se encontraba cubierta por ningún fondo de garantía ni por la propia Bankinter, y que además la entidad de cuya solvencia dependía que la demandante no perdiera su inversión no se encontraba supervisada por la autoridad española.

Por su parte, la recurrida, Bankinter, afirma que no era preciso advertir del riesgo de crédito porque es un riesgo inherente a todo mercado de capitales e incluso a toda relación jurídica que implique una prestación diferida. Tal tesis no puede admitirse. Era necesario que la empresa de servicios de inversión informara a la cliente, con suficiente antelación y en términos comprensibles, del riesgo de pérdida de la inversión en caso de insolvencia del emisor porque Bankinter no garantizaba la inversión y por la inexistencia de fondo de garantía alguno.

Como afirmábamos en nuestra sentencia núm. 460/2014, de 10 de septiembre, de Pleno, la entidad con la que contrataba la demandante, un banco (en este caso Bankinter), lleva asociada claras connotaciones de seguridad en la contratación por la existencia de una fuerte supervisión pública, y la existencia de fondos de garantía frente a su insolvencia que cubren, al menos, parte de los créditos de los clientes frente a ese tipo de entidades. Por tanto, no puede aceptarse que para la demandante fuera obvio que la recuperación del dinero que invertía pudiera verse impedida por la insolvencia de una entidad radicada en Islandia, no sometida a la supervisión de autoridad española alguna y no cubierta por ningún fondo de garantía. De hecho, como se verá, la Directiva comunitaria desarrollada por la normativa interna entonces vigente establecía la obligación de informar sobre si existía un fondo de garantía o protección equivalente para la inversión contratada. En estas circunstancias, para excluir la existencia de un error invalidante del consentimiento no basta con la conciencia más o menos difusa de estar contratando un producto de riesgo, en cuanto que es una inversión. Es preciso conocer cuáles son esos riesgos, y la empresa de servicios de inversión está obligada a proporcionar una información correcta sobre los mismos no solo porque se trate de una exigencia derivada de la buena fe en la contratación, sino porque lo impone la normativa sobre el mercado de valores, que considera que esos extremos son esenciales y que es necesario que la empresa de inversión informe adecuadamente sobre ellos al cliente”.

Por tanto, aplicando estos criterios jurisprudenciales debemos llegar a la conclusión de que la demandada Bankinter SA no informó adecuadamente a los adquirentes de bonos estructurados Pre-Mifid del riesgo del emisor o riesgo de crédito del producto adquirido, lo que no se cumplía con la mera referencia al rating del emisor Lehman Brothers Treasury Co BV.

Tal apreciación conlleva que los adquirentes de estos bonos estructurados se encuentran en la misma situación jurídica que los adquirentes de las

participaciones preferentes de los bancos islandeses, con la consecuencia de que respecto de ellos debe recogerse igualmente la acción subsidiaria segunda (la indemnizatoria de daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones de diligencia, lealtad e información en la comercialización de los productos de inversión), debiendo ser condenada la demandada Bankinter SA a abonarles el precio de adquisición de los productos, con sus intereses legales desde la fecha de esta sentencia.

DECIMOSEPTIMO.- Por lo que atañe a los bonos simples Pre-Mifid, es cierto que es un producto de inversión que no aparece con carácter de complejidad, pero también lo es que en las órdenes de adquisición, cuando existen, que no es en todos los casos (por ejemplo) no se indica ni la completa identificación del emisor, ni sus condiciones particulares que afecten al denominado riesgo del emisor o riesgo de crédito, por lo que, amén de que tampoco se describen adecuadamente las características del producto en sí, conduce a concluir, igual que en el supuesto anterior, que los adquirentes no fueron informados debidamente de la naturaleza y características del producto adquirido y sus riesgos asociados, lo que lleva a la misma conclusión de estimar la acción subsidiaria segunda, de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones de diligencia, lealtad e información en la comercialización de los productos de inversión, debiendo ser condenada la demandada Bankinter SA a abonar a los demandantes el precio de adquisición de estos productos, minorado en la rentabilidad que se les hubiera satisfecho por los mismos, con intereses legales desde la fecha de esta sentencia.

DECIMOCTAVO.- A los bonos estructurados Post-Mifid y a los bonos simples Post-Mifid se debe aplicar la misma conclusión, pues la reforma

operada en la Ley de Mercado de Valores 24/1988 por Ley 47/2007 no atenúa la obligación de información de las entidades que prestan servicios de inversión, sino que las acentúa y clarifica (artículo 79 bis).

Pero como en estos casos, además, no se practicó a los clientes el denominado test de idoneidad, existiendo, como hemos mantenido, un servicio de asesoramiento en materia de inversión, la responsabilidad por la pérdida de la inversión y la necesaria relación de causalidad, deriva de este hecho, como declaró el Tribunal Supremo en las sentencias de 10 y 13 de julio de 2015.

Recordemos que precisamente la sentencia del Alto Tribunal de 10 de julio de 2015 casa la sentencia de este Tribunal de 23 de septiembre de 2013 declarando que: “De este modo, el art. 79 bis. 6 LMV no sólo impone a quien presta servicios de asesoramiento financiero el deber de recabar la información necesaria para elaborar el perfil inversor del cliente minorista, « con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan» , sino que, además, prescribe que mientras no obtenga esta información, « no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente »...

También consta acreditado en la instancia que la entidad demandada no recabó el test de idoneidad, ni elaboró el perfil inversor de la demandante, con vistas a justificar que la recomendación de inversión realizada (bono Fortaleza) fuera la que más les convenía. Se trata del incumplimiento del estándar mínimo de diligencia y lealtad en la prestación del servicio de asesoramiento financiero.

A estos efectos, debemos entender que resulta irrelevante que en la orden de adquisición apareciera la siguiente mención: «el cliente reconoce que ha sido asesorado sobre el riesgo del producto y sobre si la inversión en este producto es adecuada para su perfil inversor». Se trata de una mención genérica, que no elude el deber del banco de acreditar que cumplió con esas exigencias. Tal y como exige el art. 79 bis 6 LMV, el banco debía haber

probado que con carácter previo a la contratación del bono fortaleza por su cliente, había elaborado su perfil inversor, en concreto sus conocimientos y experiencia, así como su situación financiera y sus objetivos de inversión. Para a continuación, justificar que la recomendación practicada, en este caso, la adquisición del bono fortaleza, se adecuaba a este perfil. Esta exigencia legal no se cumple con una cláusula general en la orden de adquisición, que contiene la reseñada mención genérica a la labor de asesoramiento realizada por el banco.

En la Sentencia 754/2014, de 30 de diciembre , ya advertimos que no cabía «descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad.» Y en la anterior Sentencia 244/2013, de 18 de abril , entendimos que el incumplimiento por el banco del «estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo (así los define la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y así se acepta en la sentencia de la Audiencia Provincial) sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo muy bajo que habían seleccionado al concertar el contrato de gestión discrecional de carteras de inversión. Este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman

Brothers adquiridas». Aunque esta sentencia se refiere a la responsabilidad por la actuación de la entidad prestadora de servicios financieros en el marco de un contrato de gestión discrecional de carteras de valores, la doctrina sobre las consecuencias del incumplimiento del estándar de diligencia, resulta aplicable, en esencia, respecto de las exigencias que el art. 79 bis 6 LMV impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero.

En consecuencia, conforme a esta jurisprudencia, podía ejercitarse una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado. Este perjuicio es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor del Bono Fortaleza.

De tal forma que cabe atribuir al incumplimiento de los deberes inherentes a la exigencia del test de idoneidad, la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues si no consta que la demandante fuera inversora de alto riesgo, ni que no siéndolo se hubiera empeñado en la adquisición de este bono, el banco debía haberse abstenido de recomendar su adquisición, por lo que, al hacerlo, propició que la demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión”.

DECIMOCTAVO.- Conviene reseñar ahora algunas circunstancias particulares de los demandantes.

a) Algunos de ellos,

cuestionaban en la demanda la firma obrante en la orden de contratación de los productos, pero en todos los casos justifica la demandada Bankinter SA la existencia de autorización o apoderamiento a otras personas para la contratación de los productos.

b) 3) adquirió dos productos Post-Mifid, un bono estructurado Eurostoxx 3 y un bono simple Lihman Brothers 6.37. Para el primer producto no contamos Siquiera con una orden de contratación suscrita por el inversor en el impreso de la demandada, obrando en las actuaciones un simple correo electrónico de fecha 11 de marzo de 2008 ordenando la contratación del producto estructurado, y para el bono simple ni esto último, constando no más en las actuaciones el cargo bancario.

c) Respecto a la demandante surgen ciertas dudas del producto efectivamente contratado, pero son despejadas por la demandada Bankinter SA al aclarar que el producto contratado fue un bono estructurado NIKKEI 225.

d) adquirieron un bono estructurado Bacom en julio de 2007. Estos demandantes no suscribieron la orden de contratación del producto en el impreso de la demandada, y solo figura en las actuaciones una orden de inversión por un correo electrónico de fecha 21 de junio de 2007. Es cierto que por correo electrónico de 19 de junio del mismo año la demandada indica haber enviado Pdf del bono que habían comentado, pero esta comunicación no puede referirse al bono Bacom efectivamente contratado, pues éste es un bono sin capital garantizado cuando el correo electrónico de la demandada hace referencia a un fondo de inversión garantizado.

e) adquiere un bono estructurado Bacom, sin que figure en las actuaciones la orden de contratación del producto en el modelo facilitado por la demandada. Únicamente consta una orden de contratación por correo electrónico de 18 de julio de 2007. Un previo correo electrónico de la demandada de 18 de junio del mismo año facilita una información parcial e incompleta sobre la naturaleza y características del producto y sus riesgos asociados, y otro correo electrónico de 13 de junio de

2007 dice enviar dos estructuras, pero se desconoce a que productos se pudiera referir y la información facilitada.

f) Mención aparte merece [redacted] escondida entre todos los demandantes, pues se trata indudablemente de un cliente profesional, como ha justificado la parte demandada, al superar los límites establecidos en el artículo 78 bis de la Ley de Mercado de Valores 24/1988 en cuanto al activo y recursos propios. Ello conlleva que pese a prestarse un servicio de asesoramiento en materia de inversión la demandada no tuviera que practicarle un test de idoneidad (artículo 79 bis 6 de la Ley de Mercado de Valores 24/1988), y que con la orden de compra del producto estructurado adquirido se entienda facilitada correctamente a un cliente profesional la información exigible en cuanto a la naturaleza y características del producto contratado y sus riesgos asociados.

Por ello y respecto a ese demandante procede desestimar la segunda acción subsidiaria, la indemnizatoria de daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones de diligencia, lealtad e información en la comercialización del producto.

DECIMONOVENO.- Ahora bien, la desestimación de la acción principal y de la primera acción subsidiaria (la resolutoria del contrato de adquisición de los productos de inversión) respecto de todos los demandantes, y la desestimación de la segunda acción subsidiaria (la indemnizatoria de daños y perjuicios en relación a la comercialización de los productos adquiridos) respecto a uno de los demandantes [redacted] obliga a analizar respecto a esta parte la tercera acción subsidiaria (la indemnizatoria de daños y perjuicios por incumplimiento de la demandada de sus obligaciones de seguimiento de la inversión e información permanente), acción que precisamente la sentencia recurrida acoge respecto a todos los demandantes

adquirentes de productos Lehman.

Es razonable entender que [redacted] concertó con la demandada un contrato de depósito y administración de valores, aunque el documento contractual no figure en las actuaciones. Este contrato no consideramos implique una obligación de informar al cliente sobre las futuras estrategias de inversión, sobre la composición de la cartera más adecuada a su perfil, o sobre la conveniencia de mantener o liquidar las inversiones realizadas. Si el cliente desea este asesoramiento podrá contratar un servicio continuado o puntual de asesoramiento financiero o concertar un contrato de gestión de cartera no discrecional sino asesorada, normalmente con la correspondiente contra-prestación económica, a salvo particulares bonificaciones, pero estimamos que aquellas actividades de asesoramiento propiamente financiero no se encuentran incluidas en el típico contrato de depósito y administración de valores.

Lo que si compete a la demandada en virtud de este contrato de depósito y administración de valores es el cobro de los correspondientes cupones, la amortización de los títulos cuando proceda, e informar al cliente, si es factible, no solo del valor de adquisición sino del actual valor de mercado.

Debe significarse que en el caso del demandante [redacted] ni siquiera está acreditado que la información ofrecida de las inversiones realizadas no recogiera la valoración actualizada de mercado; más aunque así fuera, algo no acreditado, insistimos en ello, lo que no resulta justificado es que la consecuencia causal de este hipotético incumplimiento contractual de la demandada Bankinter SA fuera la pérdida de la inversión por el cliente, o lo que es lo mismo, no aparece razonablemente justificado que de haber reflejado la demandada el valor real del producto en la información facilitada en relación al contrato de depósito y administración de valores la actuación de la mencionada demandante hubiera consistido en la venta inmediata del producto

en cuestión.

Se debe, en consecuencia, desestimar esta tercera acción subsidiaria respecto de la demandante

Y lo anterior hace innecesario que nos pronunciemos sobre la infracción de normas y garantías procesales en relación al auto de aclaración de la sentencia dictada el 17 de marzo de 2010, denuncia de vicio procesal efectuada por la apelante Bankinter SA, pues dicha aclaración solo afectaba al pronunciamiento relativo a la analizada tercera acción subsidiaria, cuando en esta sentencia esta concreta acción se desestima en cuanto a la demandante y para los demás demandantes adquirentes de productos Lehman se acoge la preferente acción subsidiaria segunda, la indemnizatoria de daños y perjuicios por la defectuosa o incorrecta comercialización de los productos adquiridos por aquellos.

VIGESIMO.- La desestimación de la cuarta acción subsidiaria, la relativa a la obligación de emitir y entregar el certificado de legitimación de los valores, y que solo afectaría a la demandante guarda relación con el rechazo de la acción principal, tema ya abordado, de modo que la demandada Bankinter SA no viene obligada a la emisión del señalado certificado de legitimación.

Si conviene significar que los demandantes pudieron en todo momento proceder a la venta de sus títulos a través de la demandada, la cual los tenía incluidos en la cuenta de terceros abierta en Euroclear.

VIGESIMOPRIMERO.- La alegación de la existencia de un supuesto conflicto de intereses entre los actores y la entidad demandada viene a resultar bastante irrelevante, aunque no parece que concurra esta situación por el hecho de que la demandada obtenga algún beneficio derivado de la diferencia entre el

precio de adquisición de los productos en el mercado por una gran entidad financiera y el precio de venta de los mismos productos a sus clientes bancarios.

En cualquier caso, en la demanda no se solicitaba la devolución de las supuestas comisiones percibidas por la demandada Bankinter SA.

VIGESIMOSEGUNDO.- Tampoco considera el Tribunal que ni dentro del ámbito del concreto asesoramiento en materia de inversión para la adquisición de un producto puntual, ni en el ámbito del contrato de depósito y administración de valores viniera obligada la demandada Bankinter SA a asesorar a los actores sobre la mejor composición o diversificación de su cartera de valores.

Este especial asesoramiento financiero se puede obtener mediante un contrato específico, y dentro del asesoramiento en materia de inversión para la adquisición de un producto concreto, al proponerse como conveniente para el inversor se puede tener en cuenta, y es lo normal, la composición de su cartera de valores, lo que no quiere decir que la entidad que presta el servicio de inversión tenga que mantener informado al inversor sobre la mejor composición o diversificación de su cartera en cada momento.

VIGESIMOTERCERO.- Procede por cuanto se ha expuesto, estimar parcialmente ambos recursos de apelación, y revocar, también en parte, la sentencia recurrida, para:

- a) Confirmar sus pronunciamientos 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, excepto a la demandante 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

VIGESIMOCUARTO.- Se pretendía en el recurso de apelación formulado por la parte actora el devengo de intereses legales de la suma a satisfacer desde la adquisición de los productos de inversión.

En primer lugar, debemos señalar que acogándose la segunda acción subsidiaria, la indemnizatoria de daños y perjuicios por la incorrecta o defectuosa comercialización de los productos, en la demanda solo se solicitaba el abono de los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

Como no se ha dado lugar a la primera acción subsidiaria, la resolutoria del contrato de adquisición de los productos de inversión, no resulta aplicable el artículo 1303 del Código Civil sino los artículos 1101 y 1108 del mismo cuerpo legal, y como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016:

“ Esta sala a partir del Acuerdo de 20 de diciembre de 2005 consolida una nueva orientación, que se plasma en sentencias, entre otras, de 4 de junio de 2006, 9 de febrero, 14 de junio, 2 de julio de 2007, 12 de mayo de 2015, que, prescindiendo del alcance dado a la regla in illiquidis non fit mora, atiende al **canon de la razonabilidad** en la oposición para decidir la procedencia para

condenar o no al pago de **intereses** y concreción del dies a quod devengo. Este moderno criterio, que da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los **intereses** en juego, y en definitiva de la tutela judicial, 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 lo adeudado, y demás circunstancias concurrentes, por lo que la solución exige una especial contemplación del caso enjuiciado”, habiéndose pronunciado en el mismo sentido las sentencias del Alto Tribunal de 7 de abril y 18 de octubre de 2011, 31 de enero, 24 de abril y 14 de julio de 2012, y 5 de mayo de 2015.

Pues bien, atendiendo a este canon de razonabilidad y a las circunstancias de todo tipo concurrentes, entre ellas la complejidad de la controversia suscitada, entendemos adecuado que los intereses legales para los adquirentes de participaciones preferentes de los bancos islandeses se devenguen desde la fecha de la sentencia dictada en la primera instancia, tal y como ésta dispone, y para los adquirentes de productos Lehman desde esta sentencia.

VIGESIMOSEGUNDO.- Como las pretensiones de la demanda se estiman parcialmente, no cabe especial imposición a ninguna de las partes de las costas ocasionadas en la primera instancia (artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Para la demandante debía tener amplias ventajas la acumulación subjetiva de acciones, tantas que frente a la sentencia pronunciada el 31 de mayo de 2012 por la Sección 21 bis de esta Audiencia Provincial de Madrid interpuso un recurso extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo y logró la anulación de la sentencia recurrida con reposición de las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia de

apelación.

Como todas las cosas, frente a unas ventajas también existen ciertos inconvenientes, y uno de los de la acumulación subjetiva de acciones es que al integrarse todas en una misma pretensión el rechazo de alguna supone la estimación parcial de la demanda, no pudiendo pretender la actora, cuando le conviene, convertir una acumulación subjetiva de acciones en una acumulación de procesos, que sí permitiría un pronunciamiento separado respecto de las costas de cada proceso acumulado. En todo caso, el pronunciamiento respecto a los intereses a satisfacer implica una estimación parcial de las peticiones formuladas.

En cuanto a las costas de los recursos, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tampoco se imponen expresamente a ninguna de las partes.

VIGESIMOTERCERA.- Queda por último la cuestión de los recobros obtenidos en el proceso concursal de Lehman Brothers, a los que la apelante Bankinter hace continua referencia en el Rollo de apelación.

La sentencia impugnada ya se pronuncia sobre este particular cuando indica en el último párrafo de su fundamento jurídico tercero que Bankinter tendrá derecho a compensar las cantidades adeudadas en la misma forma y cuantía que las desembolsase, una vez se produzca el cobro o reembolso de los títulos adquiridos por los actores durante el procedimiento concursal en que está inmerso el Grupo Lehman.

Atendiendo a esta situación y al anterior enfoque estimamos que lo más prudente y razonable es 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 o por otras vías, se deduzcan de las cantidades a abonar por la demandada, lo que se determinará

en ejecución de sentencia atendiendo a las fechas de los respectivos reintegros.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

III.- FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por los demandantes

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 [redacted], 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 [redacted], 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.

Contra esta sentencia cabe recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, a interponer ante este Tribunal en el plazo de veinte días, y cuyo conocimiento corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

