



Roj: SAP M 7100/2012
Id Cendoj: 28079370212012100341
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 21
Nº de Recurso: 504/2010
Nº de Resolución: 146/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: RAFAEL MARIA CARNICERO GIMENEZ DE AZCARATE
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 21 BIS

MADRID

SENTENCIA: 00146/2012

1280A

C/ FERRAZ, 41

Tfno.: Fax:

N.I.G. 28000 1 2100096 /2012

Rollo: RECURSO DE APELACION 504 /2010

Proc. Origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1127 /2009

Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 87 de MADRID

Ponente: D. RAFAEL CARNICERO GIMÉNEZ DE AZCÁRATE

e

De: Jose Manuel , Natividad , Juan María , Juan Miguel , Socorro , Ángel Daniel , Abel , Valentina , Amador , Antonio , María Antonieta , Aureliano , Belarmino , Ana María , Borja , Agustina , Celso , Conrado , Begoña , Candida , Emiliano , Celestina , Evelio , Daniela , Federico , Elena , Encarna , Fulgencio , Geronimo , Herminio , Fermina , Frida , Baltasar , Benjamín , Casiano , Mercedes , Constancio , Ofelia , Dionisio , Eloy , Remedios , Fausto , Florian , Germán , Heraclio , Inocencio , Virginia , María Cristina , Justino , Adela , Amalia , Manuel , Mario , Miguel , Norberto , Paulino , Raimundo , Brigida , Ruperto , Celsa , Sixto , Vidal , Erica , Eva , Florinda , Carlos Francisco , Inocencia , Jesús María , Lina , Manuela , Juan Pedro , Martina , Pablo Jesús , Palmira , Alfredo , Rita , Cecilia , Cosme , Donato , Edurne , Eulalio , Felicísimo , Gabriel , Felisa , Higinio , Isidoro , José TRANSGESTION INTEGRAL, S.L., AIR COMPLET, S.L. , AMT GODOY SERVICES, S.L. , CAYSITOS, S.L. , DECORACION Y REVESTIMIENTOS DE CORDOBA, S.L. , GIRALPLUS, S.L. , LA CORONA, S.A. , LEYMA GENERAL, S.L., PINTORES Y ACEESORIOS GOYRO S.L.

PROCURADOR: D. ERNESTO GARCÍA-LOZANO MARTÍN

Contra: **BANKINTER** S.A.

Procurador: MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

SENTENCIA

MAGISTRADOS Ilmos Sres.:

D. JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ GRECIANO

D. RAFAEL CARNICERO GIMÉNEZ DE AZCÁRATE

D. JOSÉ IGNACIO ZARZUELO DESCALZO

En MADRID, a treinta y uno de mayo de dos mil doce. La Sección Vigésimoprimera Bis 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 nº 1127/09, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 87 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como apelantes-apelados: Jose Manuel , Natividad , Juan María , Juan Miguel , Socorro , Ángel Daniel , Abel , Valentina , Amador , Antonio , María Antonieta , Aureliano , Belarmino , Ana María , Borja , Agustina , Celso , Conrado , Begoña , Candida , Emiliano , Celestina , Evelio , Daniela , Federico , Elena , Encarna , Fulgencio , Geronimo , Herminio , Fermina , Frida , Baltasar , Benjamín , Casiano , Mercedes , Constancio , Ofelia , Dionisio , Eloy , Remedios , Fausto , Florian , Germán , Heraclio , Inocencio , Virginia , María Cristina , Justino , Adela , Amalia , Manuel , Mario , Miguel , Norberto , Paulino , Raimundo , Brigida , Ruperto , Celsa , Sixto , Vidal , Erica , Eva , Florinda , Carlos Francisco , Inocencia , Jesús María , Lina , Manuela , Juan Pedro , Martina , Pablo Jesús , Palmira , Alfredo , Rita , Cecilia , Cosme , Donato , Edurne , Eulalio , Felicísimo , Gabriel , Felisa , Higinio , Isidoro , José , TRANSGESTION INTEGRAL, S.L., AIR COMPLET, S.L., AMT GODOY SERVICES, S.L., CAYSITOS, S.L., DECORACION Y REVESTIMIENTOS DE CORDOBA, S.L., GIRALPLUS, S.L., LA CORONA, S.A., LEYMA GENERAL, S.L., PINTORES Y ACCESORIOS GOYRO S.L.; y de otra, como apelado-apelante: **BANKINTER S.A.**

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. RAFAEL CARNICERO GIMÉNEZ DE AZCÁRATE.

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 nº 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 Banco 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 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." Y auto aclaratorio de fecha 17 de marzo de 2010 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, admitido en ambos efectos, se dio traslado del mismo a las contrarias respectivamente, quienes se opusieron en tiempo y forma. Elevándose los autos junto con oficio ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de 29 de marzo de 2012, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 31 de mayo de 2012.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La parte actora formuló demanda contra **BANKINTER** SA solicitando que se declarara incumplida por la demandada la comisión encomendada por los actores 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 adquirente no existiendo título de propiedad a su nombre. En consecuencia, se condenara a **BANKINTER** SA conforme a lo dispuesto en el art 264 CCom , 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 de la demanda, debiendo computarse los intereses desde el momento del cargo en cuenta de la adquisición, según orden de compra del instrumento. Así mismo se solicitaba que, consecuentemente, se declarara la consolidación de la propiedad de **BANKINTER** SA sobre los instrumentos objeto del presente litigio, pasando a ser no solo su titular registral sino pleno propietario a todos los efectos.

Subsidiariamente, se declarara el incumplimiento por parte de **BANKINTER** SA de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la comisión mercantil consistente en venta asesorada de los instrumentos objeto de la presente demanda, en los términos recogidos en el cuerpo de esta demanda de conformidad con el art. 1 124 CC , se declarara la Resolución de dicho contrato, con resarcimiento de los daños y el abono de intereses que se concretan en la devolución de las sumas invertidas, según cuantías recogidas en la Tabla 3 del Hecho Noveno mas los intereses legales de dichas sumas desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución. Así mismo se solicitaba que, consecuentemente, se declarara la consolidación de la propiedad de **BANKINTER** SA sobre los instrumentos objeto de este litigio, pasando a ser no solo el titular registral sino el pleno propietario a todos los efectos.

Subsidiariamente, se solicitaba que, en caso de no considerarse lo anterior, se declarara que **BANKINTER** SA 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 de lo establecido en el art 1101 CC , se le condenara a indemnizar a los actores por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida de valor 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 3 del Hecho Noveno y el valor residual que en el momento de ejecutar la Sentencia tuvieran los correspondientes instrumentos, estando obligado **BANKINTER** SA en su condición de depositario de los títulos a determinar y facilitar dicho valor residual.

Subsidiariamente, finalmente, se solicitaba que en caso de no considerarse lo anterior, se declarara que **BANKINTER** ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de seguimiento de la inversión e información permanente como comisionista, asesor de inversores, custodio y al amparo de lo establecido en el art. 1101 CC , se le condenara a indemnizar a los actores por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida de valor de sus inversiones, más los intereses legales desde la interposición de la demanda. Esta pérdida de valor resultaría 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, a 30 de septiembre de 2007 para los valores emitidos por los bancos islandeses Landsbanki y Kaupthing, fechas en que **BANKINTER** debió informar a los actores del deterioro del correspondiente emisor y del 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** y a 30 de septiembre de 2007 para los Valores Islandeses, como su valor residual a la fecha que se ejecute la Sentencia. Subsidiariamente a todo lo anterior, se solicitaba que se obligara a **BANKINTER** SA a emitir y entregar a los demandantes el Certificado de Legitimación de los valores de su titularidad, objeto de la presente demanda de conformidad con lo establecido en el art 12 LMV.

Fundamentó su acción la parte actora en que como consecuencia de una actuación agresiva de colocación de instrumentos financieros, **BANKINTER** prestó un servicio de asesoramiento personalizado a cada uno de ellos para recomendarles la adquisición de dos tipos de instrumentos financieros, uno emitido por el grupo **LEHMAN** BROTHER y otro, emitido por Bancos Islandeses (Landsbanki y Kaupthing). Afirma que

dicho asesoramiento personalizado se hizo con la intención que los hoy actores procedieran a la adquisición de instrumentos financieros que resultaban objetivamente inadecuados a su perfil de inversores minoristas conservadores, movilizandando así otros capitales que tenían invertidos en otros tipos de productos que no generaban tanta rentabilidad a la entidad financiera con los que se les estaban recomendando, pero que para los hoy actores eran mas seguros. Afirman que, hasta lograr la colocación de dichos instrumentos, se emplearon tácticas bancarias agresivas, generalmente mediante llamadas telefónicas compeliendo a la adquisición de productos, sin facilitarles mas información que aquella que les motivaría la adquisición de los mismos, sin asegurarse del perfil o prioridades de cada inversor, ocultando otros datos de dichos instrumentos, (como la complejidad del seguimiento de la rentabilidad, la inidoneidad del funcionamiento del cupón que, se asegura, en realidad operaba como una opción sobre el instrumento), o bien, y lo más importante, minimizando u ocultando riesgos, como el riesgo del emisor (posibilidad de quiebra del emisor de los títulos) o bien, incluso no facilitando información alguna, como en aquellos casos en que se les facilitó el folleto cuando, conocida la situación de insolvencia de **LEHMAN**, los clientes pidieron documentación para saber qué producto habían adquirido, (dado que hasta entonces solo había mediado la llamada telefónica de colocación del producto y los asientos en cuenta de los cobros de comisiones, o movimientos generados por los títulos). Afirman que nunca se les facilitaron los folletos explicativos de cada producto y, en el caso de los productos de los bancos islandeses nunca se les entregó folleto o ficha técnica, de manera que siempre pensaron que estaban adquiriendo productos sencillos de renta fija. Siempre se dio a entender que los productos que se comercializaban eran de la propia entidad **BANKINTER**, (pues incluso se empleaba papel con el logo y color corporativo de dicha entidad), no dándoseles información que eran en realidad títulos de terceros emisores en los que **BANKINTER** actuaba como simple intermediario. Afirma que tal política de colocación masiva de estos productos era consecuencia, más de un interés puramente económico de la entidad hoy demandada - tanto debido a las elevadas comisiones que recibía de la entidad emisora de los títulos, como por las elevadas comisiones que cobraba a cada cliente por procurarles los dichos títulos-, que a un verdadero interés de lealtad y diligencia para con sus clientes inversores, a los que dejó de prestar ningún tipo de servicio de asesoramiento continuado durante el tracto sucesivo del devenir de la operación. Aduce que el porcentaje de rentabilidad generada a la entidad bancaria por la colocación de los productos **LEHMAN** alcanza el 11,8% de su actividad, lo que hace que en realidad **BANKINTER** sea más una entidad comisionista mercantil para la venta de esos productos por cuenta de **LEHMAN BROTHER**, con intereses contrapuestos a los de los hoy actores que, en puridad eran los verdaderos clientes de la entidad demandada y a los que, no obstante, cobraba una comisión por recargo internacional cercana a 4,80% del valor de la inversión, siendo esa una comisión desusadamente elevada para este tipo de operaciones en comparación con otras entidades financieras. En otros casos percibían comisiones ocultas o no ajustadas al cobro real que luego asentaban en las cuentas de los clientes. Afirma que una vez fueron inidóneamente colocados los productos, **BANKINTER** dejó de facilitarles información que hubiera podido ir alertándolos de las peligrosas circunstancias o turbulencias que estaban afectando al mercado y a los dichos títulos, no apercibiéndoles del grave riesgo de insolvencia de las entidades emisoras que estaban poniendo en peligro la inversión realizada. Aduce que la entidad bancaria no solo actuó indebidamente en el ámbito de la negociación previa a la adquisición de los productos, sino también en el proceso de ejecución de las dichas órdenes y en el ulterior proceso de custodia y administración de los mismos de forma que, en este último caso, no entregaba los certificados de legitimación ni ningún otro título evidenciador de la propiedad de los mismos a cada uno de los adquirentes, ya que había procedido a inscribir los títulos en una cuenta global de entidad extranjera de depósito y compensación - **EUROCLEAR BANK SA/NV**- pero abierta a su nombre, de manera que solo facilitaba a cada inversor un numero ISIN, con el cual resultaba imposible hacer un seguimiento del efecto y, todo ello, sin contar con la previa y preceptiva autorización expresa de cada inversor. Consideran que todas esas conductas, que en si mismas son malas prácticas bancarias, han sido directamente causantes de la pérdida total de la inversión que han sufrido sus clientes, no solo por haberles obligado a movilizar fondos que tenían invertidos en otros valores seguros, poniéndolos ahora en riesgo, sino porque han obtenido de forma indebida el consentimiento para obligarles a invertir en valores no seguros, sin haberse cerciorado que obtenían un consentimiento correctamente formado a partir de la correcta y completa información que procuraban. Actuaron de forma que, presentándose como verdaderos asesores personales (documentación, cartas, correos, publicidad de la propia página web, identificaciones personales como asesores de aquellos comerciales que les atendían...), en realidad eran simples comercializadores de productos ajenos muy rentables, con la idea de procurarse comisiones para repartir bien individualmente o bien colectivamente como Sucursal. Afirman que ese conflicto de interés les llevó a adoptar una postura de falso asesoramiento, induciendo a seguridades inexistentes en los productos que ofertaban, procurando un consentimiento no formado en los hoy actores y haciéndoles disponer -en su propio perjuicio- de un patrimonio que no corría riesgo antes de esa colocación de instrumentos hoy controvertidos. **BANKINTER** incumple -dicen los demandantes- las obligaciones leales y legales que establece

el Ccom en relación a la comisión mercantil, por cuanto afirma vender productos propios que, en realidad no lo son, solo son productos que hace pasar por propios enmascarándolos con su característica marca comercial, no avisa de los riesgos de los productos vendidos e incumple las obligaciones de lealtad y transparencia cuando no actúa con plena diligencia y cuidado en interés de sus verdaderos clientes. Por todas esas razones, solicitaron los demandantes que fuera condenado **BANKINTER** a devolver el importe íntegro de la inversión a cada uno de los hoy actores, a los que ocultó la grave situación de insolvencia y el alto riesgo de los productos que en su día les colocó. Alternativamente, solicitaron que se les devolviera el valor de mercado secundario de los efectos a la fecha del último día de cotización bursátil de los mismos o de colocación en el mercado (que coincide con el 100% de la inversión) o bien a la fecha del último día de admisión a negociación en bolsa antes de la declaración de situación de insolvencia y que según información facilitada por los propios comerciales de la entidad demandada era del 88% del valor nominal. Solicitaron dicha devolución bien sea por declaración de incumplimiento de la obligación de entrega de los títulos, depósito y custodia de los mismos; bien por incumplimiento de la obligación de información y asesoramiento (venta asesorada) o bien, por incumplimiento de los deberes de diligencia, lealtad y transparencia, bien sea como prestador de servicios de inversión, bien en el seguimiento de la inversión o información permanente o bien en la obligación de facilitación de información determinante, tal como la ocultación de la situación de insolvencia de las entidades emisoras. Aseguraron que las entidades no pueden ser amparadas para ocultar información y ello porque es una exigencia legal establecida en el art 13.2 LMV, tanto en relación a los clientes art 79 bis 1, como en relación al Mercado, art 82.2 LMV, lo contrario supondría crear un mercado opaco, generador de desconfianzas a los inversores y abocado a plantear una situación de grave crisis como la ocurrida en años recientes.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a **BANKINTER** a abonar 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 devengarían intereses desde la fecha de esta Sentencia incrementados en dos puntos hasta el completo pago o consignación.

Del mismo modo, condenó a **BANKINTER** a abonar 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 devengarían 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 determinaría en ejecución de Sentencia, conforme a los parámetros de cuantificación aquí establecidos.

La Juez a quo, en resumen, distinguió entre actores inversores que adquirieron productos **LEHMAN** y aquellos que adquirieron productos de BANCOS ISLANDESES en cualquiera de sus modalidades.

Con relación a los productos **LEHMAN**, estimó que **BANKINTER** había realizado folleto o ficha técnica, pero que no realizó ninguno para los productos islandeses. Tras el análisis de los productos **Lehman** BONO CUPÓN EUROS TOXX 2, BONO ESTRUCTURADO SUPER CUPÓN 35%2, BONO GRAN BANCA 2, BONO BACOM, CUPÓN EUROS TOXX 3, BONO FORTALEZA, la Juez a quo consideró que se describía de alguna forma que: eran sin capital garantizado, que en caso de determinadas circunstancias el cliente podría perder hasta el 100% de la inversión, que el producto que se contrataba era de riesgo elevado, que podía generar beneficios y también pérdidas, que el cliente manifestaba que, en determinadas circunstancias, era consciente que podría perder hasta el 100% del importe nominal de inversión, que el cliente reconocía que había sido asesorado sobre el riesgo del producto y sobre si la inversión en este producto era adecuada a su perfil de inversión, el cliente declaraba que había leído las condiciones del contrato y entendía los términos y riesgos del producto. Consideró que los folletos, además, contenían una descripción de escenarios de rentabilidad bastante detallados.

Las advertencias de estos folletos, la prolijidad de la descripción del riesgo de mercado y la rentabilidad, la consideración del umbral mínimo de inversión (50.000.- euros), el hecho que los actores pertenecían al mundo de la banca privada, (habiendo realizado con anterioridad y reiteración otras inversiones en valores financieros, pues habían invertido parte de su patrimonio desde hacía varios años en diversos productos financieros, algunos de riesgo mas elevado..., según se desprende de la documentación acompañada junto a la contestación a la demanda), y el hecho que ellos debieron asegurarse que comprendían totalmente las

bondades del instrumento, antes de decidirse a invertir, pues los riesgos eran elevados, llevaron a la Juzgadora de Primera instancia a considerar que los hoy actores adquirentes de instrumentos **LEHMAN** eran conscientes de lo que adquirirían y tenían conocimiento de los riesgos, bondades y rentabilidades de los instrumentos financieros en que invertían.

Con relación a los inversores en instrumentos de Bancos Islandeses, la sentencia apelada refleja que aquellos que invirtieron en estos productos, generalmente lo hicieron vía telefónica, tras una simple llamada o primer contacto del comercial de la entidad demandada y asumiendo un documento titulado DEPÓSITOS A PLAZO /ACTIVOS FINANCIEROS, comenzando con una primera página de COMISIONES APLICABLES (Letras del Tesoro, Bonos u Obligaciones del Estado, valores en deuda pública y activos financieros) o bien un folleto horizontalizado con el logo naranja de PRODUCTOS EXCLUSIVOS GESTIÓN PATRIMONIAL de RENTA FIJA, INVERSIÓN EN PREFERENTES.... Refleja la sentencia de primera instancia que se trataba de documentos confusos, no identificados al instrumento que adquieren, sin mención al folleto original del que es instrumento pasaportado. Los emails aportados indican que existía una relación de confianza importante entre el inversor y su comercial-asesor financiero y, por ello aceptaron ultimar por teléfono, siendo que algunos firmaban la orden de compra después de ordenarla. Esta relación de confianza y la oscuridad material del documento que no invitaba, según la resolución recurrida, a pensar en la existencia de riesgo alguno por el que haya de buscar información adicional, condujo a la Juzgadora de instancia a concluir que los inversores que adquirirían productos de Bancos Islandeses no tenían pleno conocimiento del instrumento que adquirirían.

Sobre la base resumida de estas consideraciones, la sentencia apelada juzgó que los adquirentes de productos **LEHMAN** tendrían derecho a ser indemnizados en el valor que hubieran tenido sus instrumentos a la fecha de la declaración de insolvencia del dicho grupo emisor producida entre el 18 y 28 de septiembre de 2008.

Con relación a los adquirentes de productos de Bancos Islandeses, cualquiera que sea su naturaleza, condenaba a **BANKINTER** a indemnizar en la diferencia del precio de adquisición de los mismos al tiempo de su compra inicial menos la rentabilidad que les hubiera abonado.

Contra esta resolución se alzan ambos litigantes, esgrimiendo diversos motivos de apelación.

SEGUNDO .- Por una cuestión puramente sistemática debemos analizar la excepción de indebida acumulación subjetiva de acciones, ex artículo 72 LEC , esgrimida por **BANKINTER**, que fue rechazada en la Audiencia Previa, y reitera la demandada en esta alzada, pues su estimación haría ocioso el estudio de los respectivos alegatos de los recurrentes.

Aduce **BANKINTER** que cada demandante tenía una experiencia inversora diferente, un patrimonio y conocimientos diferentes, los gestores de **BANKINTER** que intervinieron fueron distintos, la forma en que cada uno de los demandantes realizó la contratación de los productos, los instrumentos en que se invirtieron diferentes, por lo que la acumulación no tiene amparo en el artículo 72 LEC . Manifiesta que la indebida acumulación de acciones tiene en el presente caso consecuencias de importancia, pues se ha utilizado por la demandante para intentar un fallo único respecto a situaciones que son muy diferentes.

El artículo 72 LEC permite acumular ejercitándolas simultáneamente, "las acciones que varios sujetos tengan contra uno, siempre que entre estas acciones exista un nexo por razón de título o causa de pedir. Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico cuando las acciones se funden en los mismos hechos". Por su parte, el artículo 12 LEC establece que podrán comparecer en juicio varias personas como demandantes cuando las acciones provengan de un mismo título o causa de pedir.

Aunque no hay coincidencia total entre los artículos 72 y 12 LEC , los dos preceptos se refieren a que ha de haber una conexión o nexo entre las acciones, a diferencia de la acumulación objetiva del art 71 LEC que permite la acumulación siempre que las acciones no se excluyan o sean incompatibles.

La acumulación de acciones - STS 3 de octubre de 2002 - se caracteriza por las notas siguientes: 1ª.- Flexibilidad. 2ª.- Distinción entre título, como negocio jurídico, y causa de pedir, concepto más amplio, como hecho o conjunto de hechos que tienen idoneidad para producir efectos jurídicos, como acaecimiento de cuya existencia o inexistencia pretende el actor deducir las consecuencias jurídicas determinantes de su petición o, si se quiere, como relato histórico en que se funda la demanda (SSTS 24-7-1996 y 3-10-2000). 3ª.- Relevancia primordial de la conexión jurídica o conexión causal entre las acciones ejercitadas como criterio para medir la identidad de su causa de pedir, la pertinencia de su acumulación y la justificación de tratamiento procesal unitario y decisión por una sola sentencia (por todas, STS 10-7-2001). 4ª.- Evitación de dilaciones indebidas siempre que no se mermen ni restrinjan los medios de defensa e impugnación de las partes (STS

10-7-2001). Por otra parte, en lo que concierne al requisito de la coincidencia de la causa de pedir, es constante el criterio jurisprudencial que apunta la conveniencia de puntualizar que si hay una razón jurídica común que con apoyo en algunos hechos compartidos, actúe como nexo de las "acciones", no importará que los pedimentos aparezcan individualizados y no sean idénticos (STS 30-5-1998); defendiéndose la procedencia de la acumulación, aunque las acciones ejercitadas se funden en diferentes títulos, esto es, en cada uno de los contratos concertados, si aquellas se basan en una misma causa de pedir, siempre que, claro es, dichas acciones no sean incompatibles entre sí (STS 7-2-1997), o se excluyan mutuamente, lo que no acontecerá cuando se trate del ejercicio alternativo o subsidiario de las mismas (SSTs 26-11-1990) entendiéndose que existe incompatibilidad cuando las acciones deban ventilarse y decidirse en juicios de diferente naturaleza.

Se ha dicho por la doctrina que debe afirmarse con rotundidad la necesidad de que exista una base subjetiva común a las pretensiones acumuladas, elemento que no debe perderse de vista, y junto a ella debe concurrir una vinculación entre las pretensiones, de manera que el mismo procedimiento sirva para enjuiciar situaciones que guardan siquiera una relación parcial, que comparten, aunque sea de forma mínima, un substrato común, y es solo así como cobra sentido la economía procesal y evitar posibles resoluciones contrarias.

En nuestro caso, a la vista del escrito de demanda, del propio escrito de apelación de la parte actora, y hasta del contenido de la sentencia apelada, debemos concluir en que nos encontramos ante una indebida acumulación subjetiva de acciones, por las siguientes razones:

1º) Los actores son tanto entidades mercantiles como inversores minoristas, unos con experiencia en la compra de productos similares y otros no, como reconoce el propio apelante. En este aspecto, el artículo 78 de la Ley de Mercado de Valores ya distingue entre profesionales y minoristas, calificando de clientes profesionales aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos.

2º) Los productos contratados por los demandantes son diferentes: unos contrataron productos de **LEHMAN BROTHERS**, otros de BANCOS ISLANDESES. Dentro de cada grupo, los instrumentos contratados -por ejemplo, BONOS BANCOS EUROPEOS, BONOS SENIOR **LEHMAN BROTHERS**, CUPON EUROSTOCK, PREFERENTES LANSBANKI- también difieren, además de las cuantías.

3º) La forma de contratar fue distinta en cada caso: a unos inversores se les entregó ficha comercial, a otros no, unos contrataron telefónicamente, otros lo verificaron por escrito, unos no recibieron información previa a la contratación y otros recibieron folletos publicitarios.

4º) Con unos clientes se aduce por la actora que **BANKINTER** incumplió la obligación de una adecuada diversificación de sus inversiones -en diversos porcentajes- y con otros no.

5º) La actora refiere que en unos casos existe, por parte de la entidad demandada, incumplimiento de la obligación de información y asesoramiento; en otros, incumplimiento de los deberes de diligencia, lealtad y transparencia, bien como prestador de servicios de inversión, o en el seguimiento de la inversión, o información permanente o en la obligación de facilitación de información determinante.

En síntesis, cada uno de los demandantes tiene una experiencia inversora diferente, invierte un patrimonio diferente en productos diversos, cada contrato se produce de forma desigual -la propia sentencia apelada refiere, por ejemplo, que los que adquirieron productos finlandeses lo hicieron "generalmente" por teléfono-, el tipo de producto adquirido también es diverso, es diferente también lo que se preguntó al inversor y lo que se le aclaró, por lo que, llegado el caso, la sentencia que se dictara debiera motivar, caso por caso, cada una las circunstancias de cada uno de los demandantes, que son propias y que carecen de nexo común. La propia sentencia apelada ya distingue entre los actores que invirtieron en **LEHMAN** de los que invirtieron en BANCOS ISLANDESES.

A la luz del artículo 72 de la LEC y de la doctrina referida, para que sea posible la acumulación subjetiva de acciones es preciso que entre estas acciones exista un nexo por razón del título o de la causa de pedir, entendiéndose que el título o causa de pedir es idéntico cuando las acciones se funden en los mismos hechos. En nuestro caso, por las circunstancias expuestas, no existe sustrato común ni conveniencia de enjuiciamiento conjunto para evitar sentencias contradictorias. La estimación de la demanda respecto de unos y el rechazo respecto de otros nunca implicaría la existencia de resoluciones contradictorias, precisamente por las múltiples diferencias anteriormente expuestas. En resumen: no existe idéntico título ni causa de pedir. Ni existe identidad de personas ni de acciones ejercitadas, siendo las reclamaciones formuladas en cada caso susceptibles de resolución independiente, por fundarse en la existencia de contratos distintos, con objeto diferente, por lo que

las reclamaciones formuladas en los distintos procesos pueden ser objeto de estimación o desestimación, sin que las resoluciones sean contradictorias o incompatibles entre sí.

TERCERO .- Procede por todo lo expuesto la estimación del recurso de apelación formulado por **BANKINTER** y la revocación de la sentencia apelada, sin necesidad de examinarse el resto de las cuestiones planteadas por los apelantes, debiendo dictarse en esta alzada otra que acuerde la absolución en la instancia, dejando imprejuizadas las acciones entabladas; sin que se haga especial pronunciamiento en cuanto a las costas de la primera instancia, habida cuenta de las dudas fácticas que suscita el supuesto enjuiciado. La estimación del recurso de apelación formulado por **BANKINTER** conlleva la devolución del depósito consignado para recurrir, sin que se haga especial pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada, artículo 398 LEC .

Correlativamente procede la desestimación del recurso formulado por la parte actora, con pérdida del depósito constituido para recurrir, y sin que hagamos especial pronunciamiento en cuanto a las costas de su recurso, habida cuenta que nos encontramos ante una cuestión de orden público procesal no exenta de dudas, artículos 398 y 394 LEC .

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

III.- F A L L A M O S

Que **estimando 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.

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.