

Roj: STS 4270/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4270
Id Cendoj: 28079110012015100549
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2671/2012
Nº de Resolución: 564/2015
Procedimiento: CIVIL
Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA
Tipo de Resolución: Sentencia

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 2671/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Rafael Sarazá Jimena

Votación y Fallo: 01/10/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA Nº: 564/2015

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Octubre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por "Air Complet, S.L."; D^a Covadonga; "Amt Godoy Services, S.L.", D. Pedro Jesús y D^a Gema; D. Artemio; D. Claudio; D^a Montserrat; D^a Sara y D. Fausto; D^a Adelina; D. Justiniano (Narciso) ; D^a Dolores y D. Ruperto; "Caysitos, S.L."; D^a Isabel; D^a Noelia; D. Carlos Francisco; D. Pedro Miguel; D. Arsenio y D^a Vicenta; D^a Amelia y D. Daniel; D. Federico; D. Horacio y D^a Elisabeth; D. Marcos; D^a Lourdes y D. Severiano; D. Carlos Ramón; D^a Santiago; D. Alejandro; D. Bernardino; D. Donato; D. Francisco; D^a Bernarda en sucesión procesal de D. Romeo; D^a Luz; D^a Rosaura; D. Carlos Antonio; D^a María Rosario; D^a Carina; D. Adriano; D. Benjamín; D. Doroteo; D. Florian; D. Jacinto; "Giraplus, S.L."; D. Modesto y D^a Guillerma; D^a Natividad; D. Teodoro; "La Corona, S.A."; D. Luis Andrés; "Leyma General, S.L."; D^a Asunción; D^a Elisenda; D. Amador y D^a Juana; D^a Penélope y D^a Zulima, en sucesión procesal de D. Demetrio; D. Fernando y D^a Camila; D^a Eulalia; D. Julio; D. Octavio; D. Segismundo; D. Carlos Daniel y D^a Micaela; D. Alberto; D. Candido y D^a Zaira; D. Evaristo; D. Ignacio; D. Marcial y D^a Candelaria; D. Romulo; "Transgestión

Integral, S.L."; D. Jose Ángel; D^a Francisca; D. Victor Manuel y D. Bernardo, representados ante esta Sala por el Procurador D. Ernesto García-Lozano Martín, contra la sentencia dictada el treinta y uno de mayo de dos mil doce, por la Sección 21^a Bis de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 504/2010, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1127/2009 del Juzgado de Primera Instancia núm. 87 de Madrid, sobre reclamación de cantidad. Ha sido parte recurrida "Bankinter, S.A.", representada ante esta Sala por la Procuradora D^a María del Rocío Sampere Meneses.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

PRIMERO .- El procurador D. Ernesto García-Lozano Martín, en nombre y representación de "Air Complet, S.L."; D^a Covadonga; "Amt Godoy Services, S.L.", D. Pedro Jesús y D^a Gema; D. Artemio; D. Claudio; D^a Montserrat; D^a Sara y D. Fausto; D^a Adelina; D. Justiniano (Narciso) ; D^a Dolores y D. Ruperto; "Caysitos, S.L."; D^a Isabel; D^a Noelia; D. Carlos Francisco; D. Pedro Miguel; D. Arsenio y D^a Vicenta; D^a Amelia y D. Daniel; D. Federico; D. Horacio y D^a Elisabeth; D. Marcos; D^a Lourdes y D. Severiano; D. Carlos Ramón; D^a Santiago; D. Alejandro; D. Bernardino; D. Donato; D. Francisco; D^a Bernarda en sucesión procesal de D. Romeo; D^a Luz; D^a Rosaura; D. Carlos Antonio; D^a María Rosario; D^a Carina; D. Adriano; D. Benjamín; D. Doroteo; D. Florian; D. Jacinto; "Giraplus, S.L."; D. Modesto y D^a Guillerma; D^a Natividad; D. Teodoro; "La Corona, S.A."; D. Luis Andrés; "Leyma General, S.L."; D^a Asunción; D^a Elisenda; D. Amador y D^a Juana; D^a Penélope y D^a Zulima, en sucesión procesal de D. Demetrio; D. Fernando y D^a Camila; D^a Eulalia; D. Julio; D. Octavio; D. Segismundo; D. Carlos Daniel y D^a Micaela; D. Alberto; D. Candido y D^a Zaira; D. Evaristo; D. Ignacio; D. Marcial y D^a Candelaria; D. Romulo; "Transgestión Integral, S.L."; D. Jose Ángel; D^a Francisca; D. Victor Manuel y D. Bernardo, interpuso demanda de juicio ordinario contra "Bankinter, S.A.", en la que solicitaba se dictara sentencia «[...] por la cual se declare lo siguiente:

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

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

» 2) *Subsidiariamente, que se declare el incumplimiento por parte de Bankinter, S.A. de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la comisión mercantil consistente en una venta-asesorada de los instrumentos objeto de la presente demanda, en los términos recogidos en el cuerpo de la presente demanda, y de conformidad con el art. 1.124 del Código Civil, se declare la resolución de dicho contrato, con resarcimiento de daños y abono de intereses, que se concretan en la devolución a los actores de las sumas invertidas según cuantías recogidas en la Tabla nº 3, recogida en el Hecho Noveno, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución.*

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

» 3) Subsidiariamente se solicita que, en caso de no considerarse lo anterior, se declare que Bankinter ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información como comisionista prestador de servicios de inversión en una venta-asesorada de valores en los términos recogidos en el cuerpo de la presente demanda y, al amparo del art. 1101 del Código Civil, se le condene a indemnizar a mis mandantes por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida de valor de sus inversiones, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda. Esta pérdida de valor resulta de la diferencia entre el precio de adquisición de los instrumentos objeto de la presente demanda, según cuantías recogidas en la Tabla nº 3, recogida en el Hecho Noveno, y el valor residual que en el momento de ejecutar sentencia tengan los correspondientes instrumentos, estando obligado Bankinter, en su condición de depositario de los títulos, a determinar y facilitar dicho valor residual.

» 4) Subsidiariamente, finalmente, se solicita que en caso de no considerarse lo anterior, se declare que Bankinter ha sido negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de seguimiento de la inversión e información permanente como comisionista, asesor de inversiones y custodio y, al amparo del art. 1101 del Código Civil, se le condene a indemnizar a mis mandantes por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la pérdida de valor de sus inversiones, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda. Esta pérdida de valor resulta de la diferencia entre el valor que tenían los instrumentos objeto de la presente demanda a 7 de marzo de 2008, para los Instrumentos emitidos por las entidades del Grupo Lehman Brothers, o a 30 de septiembre de 2007 para los valores emitidos por los bancos islandeses Landsbanki y Kaupthing, fechas en que Bankinter debió informar a mis representados del deterioro del correspondiente emisor y el valor residual que en el momento de ejecutar la sentencia tengan los correspondientes instrumentos, estando obligado Bankinter, en su condición de depositario de los títulos a determinar y facilitar tanto el valor de los instrumentos a 7 de marzo de 2008 para los Instrumentos Lehman o a 30 de septiembre de 2007 para los Valores Islandeses, como su valor residual a la fecha en que se ejecute la sentencia.

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

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

SEGUNDO.- La demanda fue presentada el 22 de junio de 2009 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 87 de Madrid y fue registrada con el núm. 1127/2009. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

TERCERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 87 de Madrid, dictó Auto de fecha veintitrés de septiembre de dos mil nueve , declarando terminado el proceso seguido a instancia de D^a Adriana , por acuerdo extrajudicial.

CUARTO.- La procuradora D^a Rocío Sampere Meneses, en representación de "Bankinter, S.A.", contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «[...] dicte sentencia por la que desestimándola íntegramente, absuelva libremente a mi representada de las pretensiones contenidas en la demanda, con expresa imposición de las costas de forma solidaria a la parte demandante».

QUINTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 87 de Madrid, dictó sentencia núm. 40/2010 de fecha dos de marzo de dos mil diez, con la siguiente parte dispositiva: *«Debo estimar y estimo parcialmente la demanda promovida por el Procurador Sr. García Lozano Martín en nombre y representación acreditada en la Causa.*

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

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

» *Debo condenar y condeno a Bankinter, S.A. a que abone a aquellos clientes hoy actores adquirentes de productos del grupo emisor Lehman, el precio que sus instrumentos tenía al tiempo de 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 viniere en convenirle.*

» *No hace pronunciamiento en las costas de este litigio.*

» *Debo absolver y absuelvo a Bankinter, S.A. del resto de los pronunciamientos que se le formulan de contrario».*

Con fecha diecisiete de marzo de dos mil diez, el Juzgado de Primera Instancia núm. 87 de Madrid, dictó Auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«Dispongo: estimando parcialmente el recurso de aclaración promovido por el Procurador Sr. García Lozano Martín, aclarar el concepto oscuro padecido en la fecha del 18 a 28 de septiembre de 2008, de manera que donde dice: el precio que sus instrumentos tenían al tiempo de la insolvencia del grupo Lehman producida entre los días 18 a 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».*

Tramitación en segunda instancia.

SEXTO.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones de "Bankinter, S.A" y de "Air Complet S.L." y otros.

La resolución de los recursos correspondió a la sección 21ª Bis de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 504/2010 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha treinta y uno de mayo, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: 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 S.L. y otros representados por el Procurador Sr. García-Lozano, revocamos la expresada resolución. En su lugar, acordamos: Que estimando indebida la acumulación de acciones en la demanda, procede el archivo del proceso dejando las mismas imprejuzgadas, sin hacer expresa imposición de las costas de primera instancia.

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

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

SÉPTIMO.- El procurador D. Ernesto García-Lozano Martín, en representación de "Air Complet, S.L."; Dª Covadonga; "Amt Godoy Services, S.L.", D. Pedro Jesús y Dª Gema; D. Artemio; D. Claudio; Dª Montserrat; Dª Sara y D. Fausto; Dª Adelina; D. Justiniano (Narciso) ; Dª Dolores y D. Ruperto; "Caysitos, S.L."; Dª Isabel; Dª Noelia; D. Carlos Francisco; D. Pedro Miguel; D. Arsenio y Dª Vicenta; Dª Amelia y D. Daniel; D. Federico; D. Horacio y Dª Elisabeth; D. Marcos; Dª Lourdes y D. Severiano; D. Carlos Ramón; Dª Santiago; D. Alejandro; D. Bernardino; D. Donato; D. Francisco; Dª Bernarda en sucesión procesal de D. Romeo; Dª Luz; Dª Rosaura; D. Carlos Antonio; Dª María Rosario; Dª Carina; D. Adriano; D. Benjamín; D. Doroteo; D. Florian; D. Jacinto; "Giraplus, S.L."; D. Modesto y Dª Guillerma; Dª Natividad; D. Teodoro; "La Corona, S.A."; D. Luis Andrés; "Leyma General, S.L."; Dª Asunción; Dª Elisenda; D. Amador y Dª Juana; Dª Penélope y Dª Zulima, en sucesión procesal de D. Demetrio; D. Fernando y Dª Camila; Dª Eulalia; D. Julio; D. Octavio; D. Segismundo; D. Carlos Daniel y Dª Micaela; D. Alberto; D. Candido y Dª Zaira; D. Evaristo; D. Ignacio; D. Marcial y Dª Candelaria; D. Romulo; "Transgestión Integral, S.L."; D. Jose Ángel; Dª Francisca; D. Victor Manuel y D. Bernardo, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«PRIMERO.- Infracción del art. 72 de la LEC en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24.1 de la Constitución. Este motivo se interpone al amparo del ordinal 4º del art. 469 LEC, relativo a la infracción, en el proceso civil, de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE.

» SEGUNDO.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en su concreción de la prohibición de incongruencia ultra petita recogidas en el art. 218.1 LEC. Este motivo se interpone al amparo del ordinal 2º del art. 469 LEC, relativo a la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.

» TERCERO.- Infracción del derecho al juez predeterminado por la Ley reconocido en el art. 24.2 de la Constitución , en relación con el art. 216.bis.1 y 12.1 LOPJ , por haberse encomendado a una sección de apoyo la resolución de un asunto pendiente de sentencia. Este motivo se interpone al amparo del ordinal 4º del art. 469 LEC, relativo a la infracción, en el proceso civil, de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE.

» **CUARTO.-** *Por infracción de las normas procesales reguladoras de la resolución de la apelación, por infracción del art. 465 LEC. Este motivo se interpone al amparo del ordinal 3º del art. 469 LEC, relativo a la infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso».*

Los motivos del recurso de casación fueron:

« **ÚNICO.-** *Infracción del art. 78 bis de la Ley del Mercado de Valores, en relación con el art. 79 bis de la ley del Mercado de Valores. Este motivo se interpone al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC. La resolución del recurso presenta interés casacional, porque la norma infringida lleva menos de cinco años en vigor y no existe doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores o de igual o similar contenido»*

OCTAVO.- Con fecha 20 de noviembre de 2012 la representación de "Air Complet, S.L." y otros presentó escrito por el que solicitaba, al amparo del art. 271.2 LEC, se tuviera por aportado al procedimiento la copia de la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Soria de 8 de noviembre de 2012, al ser la misma condicionante y decisiva para la resolución del recurso. La representación de "Bankinter, S.A." formuló alegaciones de contrario.

NOVENO.- Con fecha 9 y 14 de enero de 2013 se dictaron por la Secretaria Judicial de la Sala Primera del Tribunal Supremo decretos acordando declarar la terminación y archivo del recurso para D. Onesimo, por acuerdo extrajudicial.

DÉCIMO.- Con fecha 15 de enero de 2013 la representación de "Air Complet, S.L." y otros presentó escrito, por el que solicitaba al amparo del art. 286 LEC, se tuviera por alegada la existencia de un hecho nuevo de relevancia para la decisión de los recursos. La representación de "Bankinter, S.A." formuló alegaciones de contrario.

UNDÉCIMO.- Con fecha 23 de mayo de 2013 se dictó por la Secretaria Judicial de la Sala Primera del Tribunal Supremo decreto acordando declarar la terminación y archivo del recurso para D. Marino y Dª Tomasa, por acuerdo extrajudicial.

DUODÉCIMO.- Por diligencia de ordenación de 30 de octubre de 2014 se tuvo por comparecido y parte al Procurador D. Ernesto García Lozano Martín en nombre y representación de Dª Bernarda como sucesora procesal de D. Romeo; y a Dª Penélope y Dª Bernarda como sucesores procesales de D. Demetrio

DÉCIMO TERCERO.- Por Providencia de 12 de enero de 2013 se acordó poner de manifiesto a las partes personadas la posible concurrencia de una causa de inadmisión en el motivo tercero del recurso extraordinario por infracción procesal y la improcedencia del recurso de casación. La parte recurrente presentó escrito solicitando la admisión de los recursos interpuestos y, la parte recurrida presentó escrito interesando la inadmisión de los recursos.

DÉCIMO CUARTO.- Con fecha veintinueve de abril de dos mil quince se dictó Auto, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º) *Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de "Air Complet, S.L."; Dª Covadonga; "Amt Godoy Services, S.L.", D. Pedro Jesús y Dª Gema; D. Artemio; D. Claudio; Dª Montserrat; Dª Sara y D. Fausto; Dª Adelina; D. Justiniano (Narciso); Dª Dolores y D. Ruperto; "Caysitos, S.L."; Dª Isabel; Dª Noelia; D. Carlos Francisco; D. Pedro Miguel; D. Arsenio y Dª Vicenta; Dª Amelia y D. Daniel; D. Federico; D. Horacio y Dª Elisabeth; D. Marcos; Dª Lourdes y D. Severiano; D. Carlos Ramón; Dª Santiago; D. Alejandro; D. Bernardino; D. Donato; D. Francisco; Dª Bernarda en sucesión procesal de D. Romeo; Dª Luz; Dª Rosaura; D. Carlos Antonio; Dª María Rosario; Dª Carina; D. Adriano; D. Benjamín; D. Doroteo; D. Florian; D. Jacinto;*

"Giraplus, S.L."; D. Modesto y D^a Guillerma; D^a Natividad; D. Teodoro; "La Corona, S.A."; D. Luis Andrés; "Leyma General, S.L."; D^a Asunción; D^a Elisenda; D. Amador y D^a Juana; D^a Penélope y D^a Zulima, en sucesión procesal de D. Demetrio; D. Fernando y D^a Camila; D^a Eulalia; D. Julio; D. Octavio; D. Segismundo; D. Carlos Daniel y D^a Micaela; D. Alberto; D. Candido y D^a Zaira; D. Evaristo; D. Ignacio; D. Marcial y D^a Candelaria; D. Romulo; "Transgestión Integral, S.L."; D. Jose Ángel; D^a Francisca; D. Victor Manuel y D. Bernardo, *contra la sentencia dictada, el 31 de mayo de 2012, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21 Bis), en el rollo de apelación n^o 504/2010, dimanante del juicio ordinario n^o 1127/2009 del Juzgado de Primera Instancia n^o 87 de Madrid, en cuanto a las infracciones denunciadas en los motivos primero, segundo y cuarto del escrito de interposición.*

» 2) *No admitir el indicado recurso extraordinario por infracción procesal respecto a la infracción denunciada en el motivo tercero del escrito de interposición.*

» 3) *No admitir el recurso de casación formulado por dichos litigantes contra la indicada sentencia, con imposición de sus costas a la parte recurrente y pérdida del depósito constituido.*

» 4) *Se tiene por formulada la solicitud de la parte recurrente hecha en escrito de 28 de noviembre de 2012 para la aportación de documento y por opuesta a la parte recurrida, y en sentencia se acordará.*

5) *Se tiene por formulada la solicitud de aportación de un hecho nuevo hecha por la parte recurrente en escrito de 15 de enero de 2013 y por opuesta a la parte recurrida, y en sentencia, si procede, se acordará.*

» 6) *Dese traslado por el secretario de la Sala del escrito de interposición del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalicen su oposición -respecto a las infracciones por las que ha sido admitido, motivos primero, segundo y cuarto del escrito de interposición- en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría de la Sala».*

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

DÉCIMO SEXTO.- Por providencia de 7 de septiembre de 2015, se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 1 de octubre de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Rafael Sarazá Jimena**, Magistrado de Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Antecedentes del caso.

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

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

En la demanda se alegaba que todos los demandantes eran clientes minoristas y que el núcleo esencial de los hechos que darían lugar a la responsabilidad de Bankinter es común a todos los demandantes, puesto que se trataría de actuaciones que respondían a un mismo patrón de conducta: falta de entrega de documentos acreditativos de la adquisición del producto, utilización de cuentas globales, falta de información sobre riesgos y en concreto sobre el riesgo de crédito, falta de información sobre la evolución negativa de los productos adquiridos.

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

3.- Tanto los demandantes como la demandada Bankinter apelaron la sentencia.

La Audiencia Provincial examinó en primer lugar la excepción de indebida acumulación de acciones y la estimó. Las razones fundamentales fueron que algunos demandantes son entidades mercantiles y otros son inversores minoristas; los productos contratados son diferentes, unos emitidos por Lehman Brothers y otros por los bancos islandeses, y las cuantías también fueron diferentes; la forma de contratar fue distinta, en unos se incumplió la obligación de diversificar y en otros no, y en unos casos habría incumplimiento de la obligación de información y asesoramiento, y 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.

Con base en estas razones, la Audiencia estimó el recurso, revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, estimó la excepción de indebida acumulación de acciones y acordó el archivo del proceso, dejándolas imprejuizadas.

4.- Los demandantes han formulado recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra esta sentencia. De los cuatro motivos del recurso extraordinario por infracción procesal han sido admitidos tres, y el recurso de casación ha sido inadmitido.

5.- Con carácter previo, deben desestimarse la solicitud de aportación de la copia de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Soria, en tanto que es completamente irrelevante para la resolución del recurso extraordinario por infracción procesal admitido. Otro tanto ocurre con el escrito de alegación de hechos nuevos.

La naturaleza de los recursos extraordinarios es incompatible con la pretensión de reformular durante la tramitación de estos recursos la base fáctica y/o jurídica del asunto, mediante la alegación de hechos nuevos o la aportación de nuevos documentos. Esta Sala ha declarado de modo reiterado que no es procedente la alegación de hechos nuevos en los recursos extraordinarios. El art. 286 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es aplicable a los

recursos extraordinarios, que no constituyen una instancia más y cuya finalidad de control de aplicación de la norma (sea sustantiva, sea procesal, según el recurso extraordinario de que se trate) exige que lo que se plantee al Tribunal Supremo sean cuestiones jurídicas en relación a lo decidido por la Audiencia Provincial en la sentencia que se recurre, pero no permite variar o innovar la base fáctica o la jurídica mediante nuevas alegaciones o nuevas pruebas.

SEGUNDO.- Formulación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.

1.- El epígrafe del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal es el siguiente: *«Infracción del art. 72 de la LEC en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24.1 de la Constitución. Este motivo se interpone al amparo del ordinal 4º del art. 469 LEC, relativo a la infracción, en el proceso civil, de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE».*

2.- Las razones en que se fundamenta el motivo son, en resumen, que la decisión de la Audiencia Provincial vulnera la jurisprudencia de esta Sala sobre acumulación subjetiva de acciones, que ha establecido como criterios rectores en esta materia la flexibilidad, la distinción entre título, como negocio jurídico, y causa de pedir, como concepto mucho más amplio, la relevancia primordial de la conexión jurídica o causal como criterio para medir la identidad en la causa de pedir y la evitación de dilaciones indebidas. Y en el caso objeto del recurso, entre las acciones ejercitadas por los demandantes existiría un nexo por razón de la causa de pedir puesto que las acciones están basadas en un mismo sustrato fáctico (campana de comercialización agresiva con existencia de un sistema de incentivos económicos para sus empleados, comercialización de los productos sin una adecuada información, falta de aviso a los clientes sobre el deterioro del producto y uso no autorizado de cuentas ómnibus o globales para registrar las adquisiciones de los clientes).

TERCERO.- Decisión de la Sala. La acumulación subjetiva de acciones conexas por razón de la causa de pedir.

1.- El recurso impugna que la sentencia de la Audiencia Provincial haya considerado improcedente que en la demanda se hayan acumulado las acciones que diversos clientes han ejercitado contra Bankinter.

Estamos ante un supuesto de lo que se ha venido en llamar "litisconsorcio voluntario activo", en el que varios litigantes hacen uso de la previsión legal contenida en los arts. 12.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*«[p]odrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes [...], cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir»*) y 72.1 de dicha ley (*«[p]odrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir. Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos»*).

2.- La doctrina de esta Sala sobre la acumulación de acciones se encuentra recogida en la sentencia núm. 788/2007, de 10 de julio. Aunque en ella se resolvía esta cuestión en aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la doctrina puede aplicarse también a la acumulación de acciones en aplicación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, por la similar regulación de esta cuestión en una y otra ley. Declara esta sentencia:

«La respuesta casacional al motivo así planteado pasa por exponer la jurisprudencia sobre la acumulación de acciones en la LEC de 1881, que se sintetiza en la sentencia de 3 de octubre de 2000 (recurso nº 809/97) mediante las siguientes notas: "1ª.- Flexibilidad, en el sentido de ser admisible la acumulación aunque el supuesto no se halle literalmente comprendido en la dicción del art. 156 si tampoco le alcanzan las prohibiciones de los arts.

154 y 157 (SSTS 5-3-56, 12-6-85, 24-7-96, 7-2-97 y 3-10-00). 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 24-7-96 y 3-10-00). 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 (SSTS 5-3-56, 7-2-97, 3-10-00 y 10-7-01). 4ª.- Evitación de dilaciones indebidas siempre que no se mermen ni restrinjan los medios de defensa e impugnación de las partes (SSTS 14-10-93, 18-7-95, 19-10-96 y 10-7-01)».

Como se indica en esta misma sentencia, esta doctrina ha sido ratificada en sentencias posteriores a las que son citadas expresamente en el texto transcrito. Incluso a efectos de determinar la cuantía para decidir sobre el acceso a casación, en la que lo determinante es si las acciones acumuladas provienen o no de un mismo título (art. 252.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la Sala ha adoptado un criterio flexible respecto de dicho concepto jurídico, a efectos de permitir la suma de la cuantía de las acciones acumuladas, y ha declarado en sentencias como la núm. 545/2010, de 9 de diciembre, y 405/2015, de 2 de julio:

«[...] aun cuando puedan registrarse diferencias en los hechos que conciernen a los distintos reclamantes cuyas pretensiones aparecen acumuladas, esta diferencia se refiere a aspectos accesorios (intensidad y circunstancias de los daños sufridos) y no altera la uniformidad en los hechos en los que se fundamentan las distintas pretensiones ».

Como conclusión de lo expuesto, lo determinante no es si existen o no diferentes relaciones jurídicas con algunos aspectos diferenciales, sino si existe una conexión entre las cuestiones controvertidas objeto de las acciones acumuladas en su aspecto fáctico con relevancia respecto de las pretensiones ejercitadas, que justifique el conocimiento conjunto de las acciones ejercitadas y evite de este modo la existencia de sentencias injustificadamente discordantes. Siempre que, naturalmente, se reúnan los requisitos establecidos por el art. 73 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya concurrencia no es problemática en el caso objeto del recurso.

3.- Este criterio flexible ha determinado que esta Sala haya considerado correcto que se conozcan en un mismo litigio las acciones acumuladas ejercitadas por las personas afectadas por un medicamento o producto de uso médico defectuoso, aunque cada uno de ellos haya adquirido o se le haya suministrado el medicamento en ocasiones diferentes y las circunstancias de salud de los demandantes y los efectos que en ellos hayan podido tener esos productos sean dispares; o las acciones por defectos constructivos ejercitadas por los diversos adquirentes de inmuebles de una misma promoción, pese a que en unos casos los inmuebles adquiridos sean locales y en otros viviendas, unos compradores sean consumidores y otros no, y los defectos de los distintos locales y viviendas puedan ser de naturaleza diversa; y en supuestos de similar naturaleza, en cuanto a la conexión de la causa de pedir, que los expresados.

Se trata de supuestos en los que no está justificado que las acciones se tramiten en procesos diferentes, y que en cada uno de ellos haya de repetirse el interrogatorio de unos mismos demandados, unos mismos testigos o unos mismos peritos, sobre hechos sustancialmente idénticos, con el incremento de coste que supone para las partes (y en concreto para los demandantes a los que no se les permite acumular sus acciones) hacer comparecer en cada uno de los distintos procesos a los peritos que han emitido el informe (y a los testigos, si reclaman indemnización de los gastos que les supone tener que acudir repetidamente para ser interrogados en los juicios celebrados en los distintos Juzgados que conozcan de las acciones individualmente ejercitadas), y el riesgo de que la experiencia de las previas declaraciones en los litigios que se tramiten en primer lugar pueda de algún modo tener

influencia negativa en el interrogatorio a que se les someta en los litigios posteriores, tanto en la parte activa, de quien interroga, como pasiva, de quien es interrogado.

Está tramitación conjunta evita también el riesgo de que demandas en las que la base fáctica con trascendencia en las acciones ejercitadas sea sustancialmente común, den lugar a sentencias que resuelvan la cuestión de modo diferente unas de otras.

Este tratamiento de la cuestión se explica por las razones que justifican la figura de la acumulación subjetiva de acciones, como son la economía procesal y la evitación de sentencias contradictorias.

4.- En el caso objeto del recurso la demanda alega como hechos más relevantes para fundar sus pretensiones unas conductas de Bankinter que son, en lo esencial, comunes para todos los casos, y que afectan a la documentación y registro de la inversión hecha por los clientes, a las características de los productos comercializados, a la estrategia promocional utilizada por Bankinter para comercializar estos productos, a la información que se suministró a los clientes al contratar y con posterioridad a la contratación, tratándose de clientes que, pese a tratarse en la mayoría de los casos de personas físicas y en algunos de personas jurídicas, tienen la consideración de clientes minoristas según se alega razonadamente en la demanda.

Pese a que efectivamente existen algunas diferencias entre las circunstancias concurrentes en las acciones acumuladas (cuantía de la inversión, emisor del concreto producto adquirido, algunas diferencias en la forma de contratar, etc.), los hechos que se alegan como más relevantes para fundar las pretensiones ejercitadas presentan una coincidencia que, unida a la uniformidad de las peticiones realizadas por los demandantes y a que están dirigidas frente a una misma entidad bancaria, cuya conducta incumplidora se considera por los demandantes como determinante para el éxito de las acciones ejercitadas, lleva a la conclusión de que, pese a encontrarnos ciertamente ante un caso límite, concurre el requisito de conexidad de la causa de pedir que justifica la acumulación subjetiva de acciones.

La sentencia de la Audiencia Provincial afirma que «no existe idéntico título ni causa de pedir», pero tal circunstancia no es óbice para estimar admisible la acumulación, puesto que no es preciso que el título o la causa de pedir de las acciones acumuladas sean idénticos, sino que basta con que sean conexos. Y, como se ha razonado, en el caso enjuiciado existe una conexidad suficiente para justificar la acumulación de las acciones que los demandantes tenían contra Bankinter.

De hecho, el Juzgado de Primera Instancia no encontró obstáculo para tramitar y resolver conjuntamente las acciones tramitadas acumuladamente, por razón de la conexidad existente entre la causa de pedir de unas y otras.

5.- Lo expuesto lleva a concluir que se ha producido la vulneración del art. 72 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alegado en el motivo del recurso. Ello determina que proceda anular la sentencia de la Audiencia Provincial sin necesidad de entrar a resolver el resto de motivos admitidos en su día, pues su resolución solo tendría sentido si se hubiera desestimado el primer motivo y están íntimamente vinculados con el mismo.

La consecuencia de esta anulación debe ser la retroacción de las actuaciones al momento anterior en que se cometió la infracción procesal, que determinó que la Audiencia dejara completamente imperejuzgado el fondo del asunto, para que el tribunal de apelación, como órgano de instancia plenamente facultado para conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del recurso de apelación, las resuelva en sentencia que no podrá ya apreciar la indebida acumulación de acciones al haber sido anulado en esta sentencia el pronunciamiento que estimó tal excepción.

CUARTO.- Costas y depósito.

1.- La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva que, en cuanto a costas, no se haga especial declaración de las ocasionadas por tal recurso.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal que se ha estimado.

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

FALLAMOS

1.- Declarar haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de "Air Complet, S.L."; D^a Covadonga; "Amt Godoy Services, S.L.", D. Pedro Jesús y D^a Gema; D. Artemio; D. Claudio; D^a Montserrat; D^a Sara y D. Fausto; D^a Adelina; D. Justiniano (Narciso) ; D^a Dolores y D. Ruperto; "Caysitos, S.L."; D^a Isabel; D^a Noelia; D. Carlos Francisco; D. Pedro Miguel; D. Arsenio y D^a Vicenta; D^a Amelia y D. Daniel; D. Federico; D. Horacio y D^a Elisabeth; D. Marcos; D^a Lourdes y D. Severiano; D. Carlos Ramón; D^a Santiago; D. Alejandro; D. Bernardino; D. Donato; D. Francisco; D^a Bernarda en sucesión procesal de D. Romeo; D^a Luz; D^a Rosaura; D. Carlos Antonio; D^a María Rosario; D^a Carina; D. Adriano; D. Benjamín; D. Doroteo; D. Florian; D. Jacinto; "Giraplus, S.L."; D. Modesto y D^a Guillerma; D^a Natividad; D. Teodoro; "La Corona, S.A."; D. Luis Andrés; "Leyma General, S.L."; D^a Asunción; D^a Elisenda; D. Amador y D^a Juana; D^a Penélope y D^a Zulima, en sucesión procesal de D. Demetrio; D. Fernando y D^a Camila; D^a Eulalia; D. Julio; D. Octavio; D. Segismundo; D. Carlos Daniel y D^a Micaela; D. Alberto; D. Candido y D^a Zaira; D. Evaristo; D. Ignacio; D. Marcial y D^a Candelaria; D. Romulo; "Transgestión Integral, S.L."; D. Jose Ángel; D^a Francisca; D. Victor Manuel y D. Bernardo, contra la sentencia dictada, en fecha treinta y uno de mayo de dos mil doce, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21^a Bis.

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

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

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

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Francisco Marín Castán.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Sarazá Jimena.- Pedro José Vela Torres.- FIRMADO y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Sarazá Jimena**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.