

**AUDIENCIA PROVINCIAL
DE
BARCELONA**

SECCIÓN UNDÉCIMA

ROLLO Nº 662/2012

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 289/2011
JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 13 BARCELONA

SENTENCIA Nº 34/2015

Ilmos. Sres.

Francisco Herrando Millan (Presidente y Ponente)

Maria del Mar Alonso Martinez

Antonio Gomez Canal

En Barcelona, a 5 de marzo de 2015.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Undécima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario, número 289/2011 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 13 Barcelona, a instancia de D. y otros contra BANCO DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, S.A. , los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recursos de apelación interpuestos por la parte actora y la demandada, contra la Sentencia dictada en los mismos el día 4 de abril de 2012, por el Sr/a. Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo estimar y estimo totalmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales, Don Antonio M^a de Anzizu Furest, en nombre y

representación de

sobre resolución de contrato y reclamación de cantidad contra BANCO DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, S.A. (BANKPIME 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 la demanda, y de conformidad con el artículo 1124 del Código Civil, se declara la resolución de dicho contrato, con resarcimiento de daños y abono de intereses, que se concretan en la devolución a los actores de la sumas invertidas, según cuantías recogidas en la Tabla 2ª del hecho cuarto de la demanda, más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución, minoradas en las rentas recibidas por los actores más el interés legal desde su recepción. Asimismo se declara la titularidad de BANKPIME sobre los instrumentos objeto del presente litigio, para lo cual se facilitará por parte de los actores, en caso de que fuera necesario, la puesta de disposición de los instrumentos.

No hay condena en costas a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpusieron recursos de apelación por BANCO DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, S.A. y por y otros y dado el oportuno traslado a las demás partes se elevaron las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 29 de octubre de 2014.

CUARTO.- En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Magistrado D. Francisco Herrando Millan.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Promovió la parte actora las presentes actuaciones en reclamación de cantidad, suplicando la declaración del incumplimiento por la mercantil demandada de "... la comisión encomendada por mis mandantes consistente en el marco de adquirir los instrumentos financieros objeto de la presente demanda..." y la condena... a abonar a los comitentes el capital y su interés legal por haber dejado de cumplir la comisión..." y se declare el incumplimiento por la demandada"... 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...", se declare la resolución de los contratos con el resarcimiento de los daños y perjuicios y devolución de las cantidades invertidas. Se declare la titularidad de los instrumentos objeto del presente litigio a favor de Bakpime , demandada. Con carácter subsidiario, se declare la negligencia de la demandada en el cumplimiento de sus obligaciones como comisionista prestadora de servicios de inversión de venta-asesorada de valores. Subsidiariamente, que la demanda fue negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de seguimiento de las inversiones. Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada compareció en tiempo y forma contestando y oponiéndose a la demanda. Con carácter previo opuso la excepción de la indebida acumulación subjetiva de acciones. Se resolvió por auto de 8-11-2011 (f. 572 y ss) desestimando la excepción. Se solicitó la aclaración por la demandada (f. 583 y ss). No se dió lugar por auto de 16-11-2011 (f. 586-7). Tras los trámites procesales oportunos se dictó sentencia estimando totalmente la demanda según el fallo que se transcribe en los antecedentes de esta resolución. Contra la sentencia se alzaron ambas partes litigantes.

SEGUNDO.- Se admiten y dan por reproducidos los hechos y fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida.

TERCERO.- El recurso de la parte actora se centro en la no imposición de las costas causadas en la instancia a la demandada. Dado el recurso planteado por la demandada y su repercusión favorable o no a las pretensiones de la demanda en la instancia, procede el examen preferente del recurso de contrario.

CUARTO.- El primer motivo del recurso de la parte apelante.demandada se centró en la excepción de la indebida acumulación subjetiva de las acciones en la

demanda. Se reiteró dicha excepción en la alzada en base a los arts. 451, 452 y 454 LEC, ante la desestimación en la instancia y del recurso de reposición al respecto. El art. 72 LEC establece la facultad de la acumulación subjetiva de acciones "...siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir." Los títulos se basan en los productos Landlanki Island 6,25% emitidos por Landslanki Island, Kaupthing Bank, 6,75% Kaupthing Bank, 6,25% emitidos por Kaupthing Bank. Lemman Bros 5,125% PREFER; Lehman Bros Float, 3/35; Lehman Bros Float 5/35 emitidos por Lehman Brothers. En todos intervino la demandada. La causa de pedir es uniforme a tenor del suplico de la demanda. Por lo que se da un nexo causal en la petición y existe un nexo en relación a los títulos base de la demanda ejercitada por los actores. Todo ello sin olvidar que el art. 11.2 LEC reconoce la legitimación de los grupos afectados, sin perjuicio de la legitimación de las asociaciones de usuarios o consumidores.

Por demás, las infracciones de las normas esenciales del procedimiento, precisan para decretar la nulidad de pleno derecho, que haya producido indefensión a la parte (art. 225.3ª LEC; en relación con el art. 238 LOPJ). Lo que no concurre en el presente caso al haber formulado la parte demandada todos los motivos de oposición a la demanda (art. 405 LEC). Por lo que decae el motivo del recurso.

QUINTO.- Alegó la demanda-apelante la falta de motivación de la sentencia. Ciertamente el art. 218.2 LEC, establece la motivación de las sentencias con sujeción a las reglas de la lógica y de la razón. Como recuerdan las SS. TS 662/2012 de 12 de noviembre; 786/2013 de 19 de diciembre, el Tribunal Constitucional "...ha venido declarando que la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. La razón última que sustenta este deber de motivación reside en la sujeción de los jueces al Derecho y en la interdicción de la arbitrariedad del juzgador (art. 117.1 EC), cumpliendo la exigencia de la motivación una doble finalidad: de un lado, exteriorizar las reflexiones racionales que han conducido al fallo, potenciando la seguridad jurídica, permitiendo a las partes en el proceso conocer y convencerse de la corrección y justicia de la decisión,; de otro, garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales Superiores mediante los recursos que procedan, incluido el amparo. Por ello, nuestro enjuiciamiento debe circunscribirse a la relación directa y manifiesta entre la norma aplicable y el fallo de la resolución, exteriorizada en la argumentación jurídica; sin que exista un derecho fundamental a una determinada extensión de la motivación, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en los supuestos de motivación por remisión (SSTC 108/2001, de

23 de abril, y 68/2011 de 16 de mayo). De este modo "deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio diciendi que ha determinado aquélla (sentencia 294/2012, de 28 de mayo)"

La sentencia recurrida en su fundamento de derecho quinto (f. 979 y ss) realizó un examen de los medios de prueba obrantes en los autos, aportados por las partes procesales. La parte demandada-apelante no puede ignorar que la sentencia concluyó en dicho razonamiento jurídico que la demandada cumplió íntegramente el contrato de comisión, percibiendo los demandantes los intereses establecidos para los respectivos productos mediante abonos en las cuentas vinculadas que tenían designadas (f. 981-985). Dicho razonamiento jurídico concluyó que la demandada cumplió el mandato de compra de los títulos conforme a las interacciones de cada uno de los demandantes. Ello implica y recoge el razonamiento para la desestimación del primer motivo del suplico de la demanda. Deja sin contenido el planteamiento de la demandada-apelante respecto a la falta de motivación de la sentencia. Así mismo dado el recurso de los actores sólo por el pronunciamiento en materia de costas y dado el carácter de posición más beneficiosa para la demandada, dicho razonamiento se mantiene intangible al no haber sido objeto del recurso por la demandada, en cuanto se vio favorecida por el mismo y al no haber articulado la parte actora recurso al respecto. Así la sentencia objeto del recurso, al desestimar la petición a) sobre el incumplimiento por Bankpime de "...la comisión encomendada..." (f.56), entro en el análisis del punto 2) del suplico de la demanda (f.56 vtª). Se desestima el motivo del recurso respecto a la falta de motivación de la sentencia.

SEXO.- La sentencia de instancia basó el fallo en el incumplimiento por la demandada de su obligación de informar a sus clientes, los actores, sobre la naturaleza de los productos que suscribieron. Así le llevo al pronunciamiento de la estimación de la demanda en base al punto 2 del suplico. No ha habido una infracción del principio de congruencia en la sentencia respecto al petitum y causa petendi de la demanda. Ciertamente el art. 218.1 LEC establece el principio de congruencia de la sentencia con las pretensiones de las partes deducidas oportunamente en el pleito. Así la jurisprudencia ha insistido que dicho principio "...consiste en la adecuación entre los pronunciamientos judiciales y lo que se pidió al Juez, incluida la razón de ser de esa petición aunque no implica un paralelismo servil del razonamiento que sirve de fundamento a la sentencia con las alegaciones

o argumento de la partes, sino que el Juez decida todas las cuestiones controvertidas, explícitamente o implícitamente, siempre que en ambos casos la respuesta judicial sea nítida y categorica (SSTC 67/1993, de 1 de marzo; 171/03 , de 27 de mayo, etc y de esta Sala de 6 y 23 de octubre de 1986; 24 de julio de 2989, entre otras), pues, en definitiva, la congruencia se refiere a la adecuación entre el petitum de la demanda y el fallo, pero no es extensible a una necesaria identidad entre los preceptos alegados por las partes y las normas cuya aplicación considere procedente el órgano judicial (STC 48/1989, de 21 de febrero; 118/1989 de 3 de julio, etc, y de esta Sala de 31 de enero de 1986; 12 de marzo de 1990; 4 de enero de 1989; 8 de mayo de 1990; 30 de abril y 13 de julio 1991, etc)." En conclusión, el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre los pedimentos de las partes oportuna y convenientemente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta el petitum y la causa petendi o hechos en que se fundamenta la pretensión deducida (SS. TS. 28-10-2005; 30-11-2006 16-3-2007; 27-4-2009).En el presente caso la demanda en el suplico solicitó la declaración de que Bankpime incumplió las obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información....con las consiguientes consecuencias indemnizatorias. La sentencia estimó la demanda en base a la falta de información al respecto. Por lo que no cayó en incongruencia cambiando el petitum o la causa de pedir.

Sentados los anteriores principios, es claro que el examen del recurso debe centrarse sobre el cumplimiento o no del deber de información dado a los actores por la demandada respecto a los productos sobre los que se suscribieron las ordenes de compra.

SÉPTIMO.- Para la adecuada resolución del recurso es preciso partir de que los actores son consumidores o usuarios a tenor del art. 2 D. 93/13/CEE en relación con el art. 2 LGDC y U vigente al momento de los contratos. Así mismo a tenor del art. 79 LMV las empresas, entidades de crédito, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones de valores deberán atenerse: comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes; cuidar de los intereses de los clientes como propios; asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados; principios normativos reiterados en el art. 79 bis y concordantes introducido por la L. 47/2007. Los productos objeto de la presente litis son de alto riesgo. Lo que implica, en consecuencia, una información previa sobre sus condiciones y cualidades, riesgos y derechos y obligaciones de los suscriptores de los productos. Sobre el carácter de alto riesgo ya la CNMV los catalogó como tales en las Resoluciones 856/2008/IF y R-1187/2009/IF. Por demás no constan datos

objetivos que acredite haber prestado una información previa, adecuada e inteligible a cada uno de los inversores. Así mismo tampoco consta prueba objetiva e imparcial, salvo declaraciones interesadas, pero justificadas, respecto a una información continuada sobre la valoración y evolución de los productos. Ello incumbe a la parte demandada por la prueba en base al art. 217 LEC dada su facilidad probatoria.

Dado el contenido de los informes periciales de ambas partes litigantes (docs. 19.1 y 2 de los actores y el de la demandada, f. 329 y ss.) todo ello resalta el carácter complejo de los productos suscritos por los actores. Lo que aun agudiza más la falta de información al momento de la suscripción de los productos. Por lo que es clara la conclusión del tribunal de instancia que se comparte en base a las pruebas obrantes en autos, de la ausencia de una información clara, precisa y comprensible sobre la naturaleza, riesgos, derechos y obligaciones derivados de los productos suscritos; así como de un seguimiento e información sobre la evolución de los productos, máxime cuando la crisis de los bancos islandeses se vislumbró ya a mediados del 2007. No se informó a los suscriptores del agravamiento de los riesgos en los productos suscritos. Lo que implica una actuación negligente de la entidad demandada respecto a sus clientes-inversor. Ciertamente la quiebra de los bancos emisores de los productos no fue imputable a la mercantil demandada. pero la pérdida de las inversiones si que fue imputable a una falta de diligencia y ausencia de información imputable a la demandada, lo que lleva a la desestimación del recurso.

OCTAVO.- Los actores formularon su recurso en base a la infracción del art. 394 LEC respecto a la improcedente ausencia de la condena en costas a la demandada en la instancia,. El citado precepto establece como principio general la imposición de las costas a la parte cuyas pretensiones hubieran sido desestimadas. Como excepción a dicho principio, se establece la no imposición cuando el tribunal aprecie y así lo razone, la existencia de serias dudas de hecho o de derecho. La sentencia de instancia apoyó el pronunciamiento de la no imposición de las costas a la demandada, por la existencia de disparidad de criterios en la jurisprudencia menor y la complejidad del procedimiento. Este tribunal no aprecia motivo objetivo que desvirtue los criterios aplicados por el tribunal de instancia. Por lo que se desestima el recurso. Todo ello acentuado por el hecho incontrovertido de que la sentencia desestimó la pretensión 1) del suplico respecto al incumplimiento de la "... comisión encomendada..." en su fundamento de derecho quinto.

NOVENO.- Cada parte abonará las costas causada por su recurso que

se desestima y las comunes, en su caso, por mitad e iguales partes, arts. 398, 394 LEC.

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general aplicación,

F A L L A M O S

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de _____ contra la sentencia dictada el 4-abril-2012 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Barcelona en los presentes autos.

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A. contra la sentencia de 4-abril-2012 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Barcelona en las presentes actuaciones. Se confirma la sentencia recurrida. Cada parte abonará las costas causadas por su recurso y las comunes por mitad.

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.