

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Octava

C/ Ferraz 41, Planta 1ª -28008-

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0121143

Recurso de Apelación 491/2016



(01) 30616374797

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 90 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 1006/2014

APELANTE: CAIXABANK S.A.

PROCURADOR: D. MIGUEL

APELADO: D.

SENTENCIA N° 359/16

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D.

Dª.

D.

En Madrid, a veintiocho de Julio de dos mil dieciséis. La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Procedimiento Ordinario nº 1006/14, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 90 de Madrid, seguidos entre partes, de una como demandante-apelado, **D.**, representado por el Procurador D, y de otra, como parte demandada-apelante, **CAIXABANK S.A.**, representada por el Procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter.

VISTO, siendo Magistrado-Ponente el **Ilmo. Sr. D.**

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número 90 de Madrid, en fecha 27 de octubre de 2015, se dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

“Que, **estimando en lo sustancial**, la demanda interpuesta por el procurador don Manuel Gómez Montes en nombre y representación de don frente a Caixabank S.A. **debo declarar y declaro** resuelto el contrato de suscripción de bonos AISA efectuado por el citado demandante con la entidad Bankpyme el 20 de julio de 2006 con número de orden 0000487832, condenando a la demandada Caixabank S.A. a estar y pasar por dicha resolución y a abonar al actor la cantidad de 16.000 euros de principal en concepto de daños y perjuicios, más el interés legal de dicha cantidad desde la fecha de la interposición de la demanda, con devolución por la parte actora de las cantidades brutas percibidas como remuneración o rendimiento de sus intereses legales devengados, todo ello con expresa imposición de las costas causadas en esta instancia.”

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, que fue admitido, y en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública para la resolución del presente recurso, quedó en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, lo que se ha cumplido el día 29 de junio de 2016.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales ,salvo el plazo para dictar pa presente por acumulación de asuntos que resolver.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La representación procesal de D. interpuso demanda de juicio ordinaria frente a Caixabank por la que interesaba se dicte sentencia por la que se declare/condene a Caixabank como sucesor por fusión por absorción de Bankpime, y condene a la misma a:

- 1) **CON CARÁCTER PRINCIPAL:** que se declare por CAIXABANK (como sucesor de Bankpime por fusión por absorción), el incumplimiento de la obligación de recompra de los bonos Aisa, al no devolver el precio de los bonos o importe de la inversión efectuada al vencimiento de los mismos, incumpliendo sus obligaciones contractuales, y de conformidad con el artículo 1124 del Código Civil, y se declare la resolución de dicho contrato, con resarcimiento de daños y abono de intereses,
- 2) que se concretan en la devolución al actor de las sumas invertidas, según cuantías invertidas de 16.000 euros, 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, y que se declare que la titularidad de todos los títulos pase a la entidad demandada, una vez se haya restituido el importe de las cantidades que se vea obligada a pagar la demandada. Con condena expresa a la demandada de las costas causadas.
- 3) **SUBSIDIARIAMENTE,** se declare nula la orden de compra de los bonos Aisa Fergo de fecha 20 de julio de 2006, declaración de nulidad prevista en el art. 1256 CC, con todos los pedimentos subsidiarios que a continuación se exponen, y que también sirven para la nulidad del contrato de compraventa de bonos Aisa.
- 4) **SUBSIDIARIAMENTE,** declare la nulidad del contrato por ausencia o falta de consentimiento, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1261, 1265 y concordantes del Código Civil y de conformidad con el artículo 1124 del Código Civil, y 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 invertidas de 16.000 euros, 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.
- 5) **SUBSIDIARIAMENTE** se declare la nulidad por vicio de error en el consentimiento, con devolución de las prestaciones y de conformidad con el artículo 1124 del Código Civil, y 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 invertidas de 16.000 euros, 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.

- 6) SUBSIDIARIAMENTE, se declare, que CAIXABANK (como sucesor de Bankpime por fusión por absorción) ha sido negligente “en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información como ‘prestador de servicios de inversión’ y “comercializador” de los bonos Aisa en una venta asesorada, y se declare la resolución del contrato de suscripción de bonos Aisa en los términos recogidos en el cuerpo de la presente demanda y, al amparo del artículo 1101 del Código Civil, se le condene a indemnizar a los actores por los daños y perjuicios causados, equivalentes a la devolución a los actores de las sumas invertidas, según cuantías invertidas de 16.000 euros, 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.
- 7) SUBSIDIARIAMENTE, se solicita que, se declare que CAIXABANK (como sucesor de Bankpime por fusión por absorción) ha sido “negligente” en el cumplimiento de sus obligaciones de “seguimiento de la Inversión e Información permanente” como asesor de inversiones y custodio y, al amparo del artículo 1101 del Código Civil, se le condene 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 fecha de interposición de la demanda que se concretan en la devolución a los actores de las sumas invertidas, según cuantías invertidas de 16.000 euros, 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.
- 8) De forma cumulativa con las anteriores peticiones subsidiarias, se solicita que se condene a la demandada al pago de las costas judiciales causadas.

La sentencia estima la petición principal de la demanda y frente a ella se alza la demanda interesando se revoque y se le absuelva de la demanda alegando:

A.-Falta de legitimación pasiva de Caixabank.

B.-Caducidad de la acción de nulidad ejercitada por la actora.

C.-Impugnación de las órdenes de transferencia de valores, que una vez

cursadas son irrevocables, sobre este extremo la sentencia omite pronunciarse.

D.-Inexistencia de vicio del consentimiento por dolo o error.

E.-Inexistente falta de información.

f.-Ejercicio de las pretensiones de la actora al margen del procedimiento concursal de Bankpyme.

SEGUNDO.- La parte actora y apelada interesó la desestimación del recurso y confirmación de la sentencia.

TERCERO.- Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada que se dan por reproducidos.

Hechos probados documentalmente:

A.-El actor, D. suscribió el 20 de julio de 2006 con la entidad BANKPYME, S.A. la compra de unos bonos Aisa con pacto de recompra que consta en la condición general de la orden de compra (documento nº 5, reverso, aportado con la demanda.), por importe de 16.000 €, con vencimiento en Agosto de 2011.

B.-Mediante contrato privado de compraventa de negocio de 29 de septiembre de 2011, elevado a público mediante escritura notarial de 1 de diciembre de 2011 BANKPYME, S.A transmite al comprador CAIXABANK los activos y pasivos que conforman su negocio bancario, incluyendo la intermediación de valores, depositaría y custodia, así como su gestora de fondos, "sin sucesión universal" según se dice en dicho contrato, de 29 de septiembre de 2011.

CUARTO.- Legitimación pasiva de BANKPYME dado que comercializó los bonos.

La apelante en su recurso sostiene la intermediación de BANKPYME en la contratación de los bonos y de las preferentes, que aquella no era parte del negocio jurídico cuya nulidad se pretende ,pues el mismo se reduce a una relación entre el actor y el emisor del producto, no fue parte en la compraventa ,sí fue parte en la intermediación de la compraventa del valor que se consumó cuando se ejecutó la instrucción del cliente.

Los bonos fueron emitidos por la entidad mercantil AISA y fueron comercializados por Bankpyme ,según se alega en demanda y reconoce en la contestación y en el recurso,e informe pericial (doc 13 demanda).

La legitimación ad causam viene configurada con referencia a la acción, al contenido mismo del derecho, siendo la relación existente entre una persona determinada y una situación jurídica en litigio por virtud de la cual es precisamente esta persona y no otra la que debe figurar en él, ya sea en concepto de actor o de demandado, pudiendo ser legitimación directa cuando su relación con la situación jurídica material es directa, y legitimación por representación cuando quien actúa en el proceso es el representante del titular del derecho cuya tutela jurídica se pretende.

La legitimación pasiva de Bankpyme para soportar acción cual las aquí deducidas en cuanto intervino como intermediaria en la adquisición de aportaciones cuales las que también aquí se trata, se origina porque lo que se insta en la demanda no es la declaración de nulidad de la suscripción del activo financiero, contrato de suscripción que el banco concierta con el emisor en ejecución de la orden que le fue dada por el inversor y en virtud del cual se adquieren esos mismos títulos por cuenta y en nombre del ordenante, sino que lo que se pretende por el demandante es el incumplimiento de Caixa Bank como sucesor de Bankpyme,de la obligación de recompra que consta en la orden de compra,y en la declaración subsidiaria de nulidad de la propia orden de suscripción de títulos o, subsidiariamente la declaración de responsabilidad contractual de la (Bankpyme) en la contratación de dichos productos.

Esta última contratación es una comisión mercantil (art 244 del Código de Comercio), en que ha de actuar la entidad bancaria con la diligencia exigible, que en este caso lo es a un comerciante experto (STS de 15 de julio de 1988); y además el negocio mediado por la entidad bancaria es un negocio de inversión al que resulta de aplicación la normativa del mercado de valores que impone a ésta un especial deber de información para con sus clientes en torno a la adopción por ellos de decisiones de inversión; de tal manera que siendo este deber de información el que se sostiene en la demanda infringido resulta la ahora recurrente indudablemente legitimada pasivamente al ser su conducta la que debe ser objeto de enjuiciamiento.Vid sent nº197/2015 de 16 de octubre Sección 5ª A.P.Vizcaya.

En parecidos términos se ha venido pronunciando la Sec 3ª de esta misma Audiencia, así entre otras en sentencia de 10 de junio de 2015 en que, con remisión a su sentencia de 21 de febrero de 2014 dice que “... *tal falta de legitimación pasiva no resulta apreciable pues en toda actividad de intermediación (como es el mandato, la comisión, o cualquier otra relación por la que se comercializan productos ajenos), se dan dos planos diferenciados: el propio de la intermediación entre el mediador y el cliente, en el cual se gesta el contrato proyectado, y del que deriva las consecuencias del acto al definitivo titular de la obligación, de tal forma que en ambas relaciones jurídicas se dan derechos y deberes distintos, y en la intermediación, y por lo que aquí interesa, la información de las características del producto la ha de dar aquel que tiene relación con el cliente y comercializa el producto, siendo otra cosa distinta que el emisor, a su vez, esté obligado a publicar los datos precisos que exija la normativa aplicable*”.

La sentencia de la A.P. de Vizcaya de 17 de Julio del 2013 (AC 2013, 1655) recoge que: "incluso hallándonos ante una operación de comercialización de producto y no de asesoramiento, la entidad, demandada hoy apelante queda obligada a prestar información con arreglo a lo establecido en el artículo 79.7 de la Ley de Mercado de Valores (RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781), por lo que resulta incuestionable que dichas entidades financieras, obligadas a dar esa información, están legitimadas pasivamente en las acciones como la presente en que se reclama, precisamente, por la inexistencia de esa información o asesoramiento, debe tenerse en cuenta que el artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores, en su redacción primitiva, establecía como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito, frente al cliente, la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo (RCL 1993, 1560), concretó, aún más, la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y, en lo que aquí interesa, adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión, de inversión "haciendo hincapié en los riesgos que toda operación conlleva" (art. 5.3).

Al margen de ello, no puede aceptarse que se afirme que Bankpyme carece de la necesaria legitimación pasiva para soportar la acción, ex art. 10 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), cuando fue ella la que comercializó el producto con sus vicios sin que en instante alguno interviniera personal de la entidad emisora, lo que supone que sus efectos también respondan al principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC (LEG 1889, 27))".

La A.P. de Valladolid en sentencia de 5 de septiembre de 2.013 (AC 2013, 1674) que mantiene: *"el contrato de depósito y administración de valores se suscribió por ambas partes en su propio nombre y por su propia cuenta. Sin embargo la denominada "orden de valores" firmada ese mismo día y cabe suponer previamente, tenía por objeto adquirir esas aportaciones subordinadas, es decir, los valores que iban a ser de seguido depositados y administrados por Caja Laboral en virtud de ese otro contrato. Pues bien, los valores en cuestión es cierto que no se emiten por Caja Laboral, sino que se trata de aportaciones subordinadas emitidas por Eroski, entidad que goza de personalidad jurídica propia e independiente y que junto a Caja Laboral integra un mismo grupo empresarial, el Grupo Mondragón.*

Ningún contrato, sin embargo, consta se hubiere concertado al respecto entre los actores y Eroski que tuviere por objeto dichos valores.

La orden de valores en cuestión es el único documento que plasma la operación".

QUINTO.-La legitimación pasiva de Caixabank.

La demandada adujo su falta de legitimación pasiva sobre la base de que únicamente había adquirido determinados elementos del activo y pasivo que formaba el negocio bancario de Bankpyme, sin concurrencia de un supuesto de sucesión universal y con constancia expresa en el contrato de adquisición de los mismos que quedaban excluidos los pasivos contingentes, tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que pudieren derivarse de la actividad de Bankpyme, aduciendo además que ésta entidad mantenía su personalidad jurídica y que ninguna sucesión se había producido a propósito de eventuales reclamaciones por

productos adquiridos a través de Bankpime.

La compraventa del negocio bancario de BANKPIME a CAIXABANK se realizó en sede de un proceso de reestructuración bancaria motivado por el Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero y la imposibilidad de determinadas entidades financieras, entre ellas BANKPIME de cumplir con los requisitos mínimos de capital exigidos por la norma (así se expone en el encabezamiento del contrato suscrito entre ambas entidades el 29 de septiembre de 2011), lo que motivó que transmitiera al comprador CAIXABANK los activos y pasivos que conforman el negocio bancario, incluyendo la intermediación de valores, depositaría y custodia, así como su gestora de fondos, "sin sucesión universal" según se dice en dicho contrato, de 29 de septiembre de 2011, contrato privado que fue elevado a público mediante escritura notarial de 1 de diciembre de 2011.

CAIXABANK, S.A. ostenta legitimación pasiva en base al primer párrafo del art. 10 de la LEC., desde el momento que la mencionada entidad y con arreglo al contrato que celebró con BANKPYME, S.A., pasó a ocupar la posición contractual que ésta tenía respecto de D., respecto del contrato celebrado por éste con la citada BANKPYME, S.A. y en virtud del "Contrato de compraventa de negocio" de 29 de septiembre de 2011 a la que ella misma se refiere. Así se concluye a la vista de la cláusula primera de dicho contrato, que revela el objeto del mismo, a cuyo tenor, se transmite el negocio bancario de BANKPYME, S.A. a CAIXABANK, S.A., como unidad económica.

Y no sólo la apelada tiene dicha legitimación pasiva conforme al precepto mencionado, sino que también, de acuerdo a las razones que seguidamente se expondrán, al recurrente asiste el correspondiente derecho de acción frente a CAIXABANK, S.A., que a diferencia de la legitimación pasiva, que apunta a la capacidad procesal de las partes referida a un proceso concreto, por estar las mismas en cierta relación con el objeto de litigio, atiende al éxito de la pretensión, para lo cual es preciso demostrar que se está asistido de la acción de derecho material que se utiliza y que se han probado los elementos que éste exige para su validez y eficacia, así como los hechos determinantes en cada caso. Así lo han destacado, entre otras, las S.S. T.S. de 11 de abril y 18 de mayo

de 1.962, 6 de noviembre y 2 de diciembre de 1.964, 24 de abril y 27 de noviembre de 1.969.

La mencionada transmisión de negocio operado entre ambas sociedades conlleva una serie de relaciones jurídicas heterogéneas que son objeto de dicha transmisión, comprendiéndose en el activo, entre otros, la "Cesión del negocio de depositaría, custodia, intermediación de valores, gestión discrecional de carteras y otras actividades relacionadas con el Negocio Transmitido". En esta concreta transmisión de activos, CAIXABANK, S.A. asume y así se lee en el contrato, la posición contractual de BANKPYME, S.A.

Por consiguiente, junto con una transmisión de la cartera de inversión crediticia de BANKPYME, S.A., a la que es aplicable la normativa propia de la cesión de créditos establecida en los arts. 1.526 y siguientes del Código Civil, nos encontramos también con otras cesiones contractuales, entre las que se encuentran los contratos celebrados por el apelante con BANKPYME, S.A.

La cesión del contrato en cuanto tal no se encuentra regulada en el Código Civil, aunque es generalmente admitida por la jurisprudencia y por la doctrina científica. Previstas solamente en nuestro Código la cesión de créditos y la asunción de deudas, el anclaje normativo de la cesión contractual debe residenciarse en el art. 1.255 del Código Civil y, por tanto, en el principio de autonomía de la voluntad, a cuyo través las partes de un contrato pueden acordar la cesión del mismo. Se trata, por consiguiente, de un negocio jurídico atípico, excepto determinados supuestos regulados por las leyes que no son aquí de aplicación.

En el contrato de 29 de septiembre de 2.011, celebrado entre BANKPYME, S.A. y CAIXABANK, S.A., esta última asume la posición contractual de la primera en relación con el negocio bancario de la cedente y ello comporta la transmisión íntegra de las relaciones contractuales en que dicho negocio consiste, así como de tal posición subjetiva negocial que protagonizaba BANKPYME, S.A., sin modificación de la relación jurídica establecida con el actor, que es la que aquí interesa, por los pactos y condiciones sobrevenidas a la misma.

Desde un punto de vista dogmático y como se encarga de recordar la S.A.P. de Madrid (Sección Décima), de 26 de enero de 2.011, objetivamente y también desde una perspectiva subjetiva, es válida una transmisión global de determinada posición jurídica, en definitiva, del conjunto de efectos contractuales que dimanen de la misma, sin necesidad de descomponerla en tantos negocios transmisivos como créditos y obligaciones generados por ella. Existe entonces un negocio plurilateral que en cuanto tal -es muy importante subrayarlo- "precisa del concurso de voluntades de todos los sujetos implicados, cedente, cesionario y parte contractual cedida".

Por consiguiente, la relación negocial seguida entre BANKPYME, S.A. y CAIXABANK, S.A. no supuso, simplemente, la transmisión de la primera a la segunda de derechos y obligaciones aislados, sino entendidos en conexión con una relación recíproca que les da sentido, creando un vínculo de interdependencia entre ellos. Igualmente, esa cesión no sólo comprende derechos y obligaciones, sino también otros efectos jurídicos, como son las acciones de nulidad, rescisión y anulabilidad, así como las facultades de modificación o extinción contractual, es decir, los denominados derechos potestativos.

La cesión contractual ha sido admitida por la jurisprudencia, y así hay que citar S.T.S. de 6 de noviembre de 2.006, la cual afirma que la cesión de contrato es "el traspaso a un tercero, por parte de un contratante, de la posición íntegra que ocupaba en el contrato cedido", de modo que el cesionario (aquí CAIXABANK, S.A.) adquiere los derechos que la cedente (BANKPYME, S.A.) tenía en la relación contractual, como si hubiese sido el contratante inicial. Las S.S. T.S. de 26 de noviembre de 1.982, 9 de diciembre de 1.997, 9 de diciembre de 1.999, 21 de diciembre de 2.000 y 19 de septiembre de 2.002, exigen para la efectividad de la cesión que concurren en el negocio jurídico en que ésta consiste las tres partes, esto es, cedente, cesionarias y el contratante que resultará afectado por la cesión contractual, en esta ocasión el Sr....., porque sin el consentimiento de éste carece para él de eficacia dicha cesión o, en palabras de la citada S.T.S. de 9 de diciembre de 1.997, "la necesidad de mediar consentimiento (del cedido) es requisito determinante de la eficacia de la referida cesión contractual". Por su parte, la también mencionada S.T.S. de 19 de septiembre de 2.002 subraya la necesidad de

consentimiento del cedido e indica: "Respecto del consentimiento de la parte cedida, éste es fundamental, en tanto que es el acreedor de los derechos y obligaciones establecidos en el contrato, se ha de significar que: a) La parte cedida no está obligada a consentir la cesión, a menos que esta, esté prevista por Ley, ya que nadie está obligado a mantener relaciones contractuales con una persona diferente a la que celebró el contrato con él".

El apelante consintió la cesión contractual, porque continuó trabajando con CAIXABANK, S.A. sin protesta alguna, pero en modo alguno puede extenderse su consentimiento al desentendimiento por parte de la cesionaria de las reclamaciones que pudiera efectuar el cliente en virtud de la relación contractual mantenida con BANKPYME, S.A., porque nunca tuvo noticia ni medio de conocer tal exclusión de la transmisión efectuada entre las entidades de las reclamaciones que por responsabilidad extracontractual o contractual pudieran hacerse derivadas de la relación jurídica originaria celebrada con BANKPYME, S.A.

Deviene inaplicable al presente caso el principio de relatividad de los contratos, establecido en el primer párrafo del art. 1.257 del Código Civil, aun cuando de ello no se desprenda beneficio alguno para la entidad mercantil apelante. Porque, como se ha venido afirmando hasta el momento, un contrato de cesión tiene como consecuencia de la convergencia de voluntades, la asunción por el cesionario, en virtud de la subrogación en la posición contractual del cedente, de las obligaciones pendientes que incumbían a éste (Cf. S.T.S. de 9 de julio de 2.003, que cita las del mismo Tribunal de 26 de noviembre de 1.982 y 9 de diciembre de 1.997, entre otras), por lo que los efectos jurídicos de la cesión se proyectan en tres direcciones, cedente, cesionario y cedido, cuyo consentimiento, como ya se ha dicho, es indispensable a diferencia de lo que sucede con la cesión de derechos. Por consiguiente, como reconoce la mencionada S.T.S. de 9 de julio de 2.003, la responsabilidad contractual (de CAIXABANK, S.A. en nuestro caso) deriva de una cesión contractual, que implica una subrogación en la totalidad de los derechos y obligaciones del contrato, lo cual es ajeno al citado principio de relatividad contractual.

Así las cosas, ninguna relevancia tiene que actualmente siga operando la entidad cedente en el tráfico jurídico, aun con otra denominación y distinto objeto social, o esté en concurso porque ello no resta un ápice de legitimación pasiva en esta litis a la entidad

que adquirió la totalidad del negocio bancario de aquélla, subrogándose en los contratos celebrados y asumiendo su posición en los mismos. Todo ello, sin perjuicio de la acción de repetición que pueda competir a CAIXABANK, S.A. frente a su cedente y con base en los pactos contractuales celebrados entre ellas.

Idéntica conclusión que la nuestra es la adoptada en un supuesto análogo al enjuiciado, en el que fue también demandada CAIXABANK, S.A., y resuelto por la S.A.P. de Castellón (Sección Tercera), de 10 de abril de 2.014. Ante la alegación de que aquella sociedad tan sólo adquirió determinados elementos del activo y pasivo que conformaba el negocio bancario de BANKPYME, S.A., sin concurrencia de un supuesto de transmisión universal y con constancia expresa en el contrato de adquisición de los mismos que quedaban excluidos los pasivos contingentes, tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que pudieran derivarse de la actuación de BANKPYME, S.A., indicando además que esta última entidad mantenía su personalidad jurídica y que ninguna sucesión había tenido lugar a propósito de eventuales reclamaciones por productos adquiridos a través de BANKPYME, S.A., rechaza la mencionada resolución esa tesis y afirma:

"Se basa nuestra decisión en que como consecuencia de la adquisición del negocio bancario de Bankpime por parte de Caixabank se produjo la cesión a ésta de los contratos a través de los que se desarrollaba aquél, con la consiguiente subrogación de ésta en la posición jurídica ocupada por aquélla en los mismos, asumiendo por tanto los derechos y obligaciones de ellos derivados con exclusión de la cedente sin perjuicio de su responsabilidad frente a la cesionaria conforme lo expresamente pactado al respecto y en las cuestiones atinentes a la existencia, validez y eficacia de las correspondientes relaciones negociales.

Dicha cesión particular de los diversos contratos, conectada lógicamente con el objeto de adquisición, su configuración como unidad económica autónoma y ausencia de realización de la operación como una sucesión a título universal (pese a las alegaciones de adverso así resulta del diseño de la operación a la vista del documento privado de adquisición y diversas relaciones negociales conexas surgidas del mismo, sin que nada

cambie por la autorización de la operación conferida conforme al art. 45 c) de la Ley de Ordenación Bancaria en tanto en cuanto parte de su inexistencia y dicho precepto no distingue al respecto) aparece prevista en la cláusula 2.1 del contrato de adquisición, con contemplación expresa de los negocios de custodia, intermediación de valores y gestión discrecional de carteras, y guarda plena concordancia con la comunicación remitida por Bankpime (doc.2 de la demanda) haciendo constar el traspaso de la relación comercial en idénticas condiciones a Caixabank de no verificarse manifestación expresa en contrario, equivalente desde luego al consentimiento que de forma expresa o tácita debe concurrir del contratante cedido para la eficacia de la cesión.

Consecuencia de ello es que, al dilucidarse en este pleito una responsabilidad surgida en el ámbito de una intermediación de valores, complementaria además como no puede ser de otra forma a un negocio de depósito o custodia y administración de los mismos, la subrogación inherente a la cesión permite residenciar las obligaciones derivadas del mismo en la parte demandada y aquí apelante al ocupar la posición originaria de Bankpime a todos los efectos".

No desconoce esta Sala la existencia de otras sentencias que se pronuncian en sentido opuesto, acogiendo la postura de CAIXABANK, S.A. Se trata de la S.A.P. de Gerona (Sección Primera), de 27 de mayo de 2.014 y de Valencia (Sección Novena), de 12 de marzo de 2.014, que fijan su atención en el hecho de que la transmisión del negocio bancario entre BANKPYME, S.A. y CAIXABANK, S.A. no implica que se hubiese llevado a cabo una sucesión universal ni una operación de fusión por absorción, que determine que CAIXABANK, S.A. es la sucesora de aquella sociedad, que conserva su propia personalidad jurídica, sino que se trata de una cesión negocial y patrimonial.

Y es que precisamente porque, en lo que nos interesa, nos encontramos ante una "Cesión de los negocios de depositaría, custodia, intermediación de valores, gestión discrecional de carteras y otras actividades relacionadas con el Negocio Transmitido", según el punto 2.1.3. del contrato de compraventa de negocio de 29 de septiembre de 2.011, en los que la cesionaria "asumirá en virtud de tal cesión la posición contractual del primero" (cedente), estamos en presencia de una verdadera cesión de contratos, entre ellos los suscritos con BANKPYME, S.A. por el actor, de manera que ante el

mismo, CAIXABANK, S.A. debe responder de igual forma y con idéntico alcance que lo haría BANKPYME, S.A. al haber asumido expresamente la posición contractual de ésta, si bien la relación contractual de transmisión del negocio bancario realizado entre ambas entidades con las condiciones pactadas entre las dos sociedades consigue que, al menos en principio, la cedente no quede liberada de responsabilidad frente a la cesionaria ante una hipotética acción de repetición que la misma pueda dirigirle."

Por cuanto antecede el motivo se desestima, pues Caixabank esta legitimada pasivamente.

SEXTO.- La sentencia apelada estima la petición principal declara resuelto el contrato de suscripción de bonos AISA efectuado por el actor con la entidad Bankpyme el 20 de julio de 2006, con los efectos inherentes a dicha resolución, basada en el incumplimiento de la recompra obligatoria de los bonos en sede del art. 1124 del C.Civil.

La sentencia apelada en su fundamento de derecho segundo dice" (ii).- *La resolución del contrato por incumplimiento de Bankpyme.*

El demandante funda la resolución de contrato pretendida en la demanda en el incumplimiento por parte Bankpyme de diversas obligaciones, tanto las relativas a la observancia de las que conforme a la LMV y el código de conducta aludido en el Decreto de 1993 ya citado, que han sido vulneradas a su juicio, como en la obligación de recompra de los bonos, tal como aparece en la condición general 1 de la orden de compra (reverso del documento nº 5 aportado con la demanda). La falta de prueba concluyente respecto de las condiciones en que fue recomendada su adquisición y la expectativa de que, en todo caso, el importe de la inversión se obtendría por la recompra obligatoria del bono ya sea por parte del emisor o por parte del banco comercializador/asesor, constituyen hechos claros e inequívocos de incumplimiento esencial de las obligaciones de Bankpyme, lo que, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 1224 del CC, conduce a estimar en su integridad la primera de las acciones formuladas."

Pero en el supuesto de la acción ejercitada estuviera sometida al plazo de caducidad de cuatro años del art 1301 del C.C. la acción estaría viva.

Los bonos se compran el 20 de julio de 2006 con vencimiento el 14 de agosto de 2011 (vid informe pericial ,docu 13 demanda y reverso doc 5). La demanda se interpone el 31 de julio de 2014.

A.-Inexistencia de caducidad.

La sentencia del TS nº 769/2014 de 12 de enero sobre esta cuestión dice:”

La redacción original del artículo 1301 del Código Civil , que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los « contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente », quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las

derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error.”

Sostiene la apelante/demandada que la sentencia apelada establece el dies a quo para computar el plazo de caducidad en el momento en que el actor tuvo conocimiento real de la situación, lo que ocurrió en 2011, lo cual choca con lo verdaderamente ocurrido y juega en contra de los actos propios puesto que el actor durante el tiempo en el que percibió los dividendos de los bonos nada dijo acerca del desconocimiento del producto contratado y de no haber dejado de percibirlos jamás hubiera reclamado la nulidad del contrato por desconocimiento de lo por él suscrito.

En su recurso la demandada reconoce que la actora estuvo percibiendo beneficios de los bonos hasta 2009 por lo que entiende que la acción está caducada.

Si nos atenemos a la fecha de cese de percepción de los dividendos, la acción estaría caducada, pero esa no es la fecha del inicio del dies a quo de la caducidad, sino la del mes de noviembre de 2011, fecha de la carta (doc. 7 demanda) enviada al actor por la Comisaria del Sindicato de Bonistas de Aisa por la que el actor toma conciencia de la gravedad y alcance de la situación de los adquirentes de bonos, por lo que interpuesta la demanda el 31 de julio de 2014 la acción esta viva, no caducada.

Pero si aquellos vencían el 14 de agosto de 2014, e interpuesta la demanda en julio del mismo año tampoco estaba caducada.

B.-Inexistencia de prescripción.

La parte demandado estima que nos encontramos ante un contrato de mediación, siendo está la actividad que desplegó Bankypme.

La apelante omite indicar cuál es el plazo de prescripción, y su dies a quo.

Se hizo un reclamación extrajudicial en julio de 2014(doc. 14 de la demanda), y la interposición de esta interrumpió de nuevo la prescripción.

Ejercitándose la acción de resolución contractual del art 1124 del CC el plazo de prescripción es el ordinario de 15 años de las acciones personales (art 1964 CC), actualmente de cinco, tras la modificación del art 1964 por la disposición final 1ª de la Ley 42/2015.

SEXTO Conviene puntualizar que, por el tiempo en que se concertó el contrato de las órdenes de compra de los bonos en 2006, resulta de aplicación la regulación legal del Mercado de Valores anterior a la transposición en nuestro ordenamiento de la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, conocida como Directiva MIFID (*Markets in Financial Instruments Directive*), operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss. de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV).

Declara la STS Pleno de 15 de septiembre de 2015 *«Como ya advertimos en la Sentencia 460/2014, de 10 de septiembre, con anterioridad a la trasposición de esta Directiva MIFID, la normativa del mercado de valores daba «una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza».*

El art. 79 LMV ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de “a asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]”.

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

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

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

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

En el mismo sentido la STS, Sala Primera, de lo Civil, 60/2016, de 12 de febrero, recurso 2450/2012 «Como hemos recordado en otras ocasiones en supuestos similares al presente, en que se habían comercializado productos que podían incluirse dentro de la denominación genérica de permuta financiera o swap, al margen del motivo por el que se concertaron o la explicación que se dio al ser comercializados, no dejan de tener la consideración de producto financiero complejo, sobre cuya comercialización pesan los deberes de información expuestos: «dicho de otro modo, en la contratación de estos contratos financieros con inversores minoristas o no profesionales, con independencia de

cómo se denomine el contrato y de si van ligados a una previa operación financiera, como es el caso, o son meramente especulativos, regían los deberes de información de la normativa pre MIFID (sentencia 559/2015, de 27 de octubre)».

SEPTIMO.-Perfil del actor.

La parte demandante D. Segundo de Dios, manifiesta que ignoraba estar invirtiendo sus ahorros en un producto de alto riesgo (hecho decimoprimeros de su demanda), siguiendo la recomendación de los empleados de la oficina donde los concertó (su director)y que, después de la suscripción, tampoco fue informado del riesgo del emisor ni sobre el compromiso de recompra adquirido.

El actor propuso como testigo al director de la sucursal en donde se firmó la orden adquisición de los bonos, cuya identidad no pudo ser facilitada por la demandada por imposibilidad dado que ella no intervino en la intermediación.

No consta que aquel tuviera formación, conocimiento y/o experiencia en materia de productos financieros complejos como las preferentes ni que dispusiera de otro asesoramiento cualificado distinto del que pudiera ofrecerle el Banco.

Según los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria, recogidos en el Art. 217 de la LEC, resulta inverosímil la imposibilidad alegada, pues identificada la sucursal (oficina 007 Madrid, Fleming) así como el número identificado del gerente (306233), según se recoge en el documento nº 5 aportado con la demanda y no impugnado de adverso, debiendo por ello soportar las consecuencias ligadas a su falta de colaboración en orden a acreditar cuáles y cómo fueron las circunstancias de la contratación de los bonos.

OCTAVO.- - El deber de información por parte de Bankpyme.

El TS en sentencia dictada el 8 de septiembre de 2014 analiza en profundidad la naturaleza jurídica y el marco normativo de las participaciones preferentes, precisando que “Desde el momento en que el legislador ha previsto la existencia de las participaciones preferentes, como parte de los recursos propios de una entidad de crédito, siempre y cuando cumplan una serie de características (...), resulta muy difícil calificar la comercialización de participaciones preferentes como nula de pleno derecho por ser contraria al orden público. Cuestión distinta es que por la forma en que fueron comercializadas se hubiera podido

cometer algún abuso que, a los efectos de la validez del negocio, pudiera haber propiciado su contratación bajo un vicio del consentimiento, como el error”.

Como señala la sentencia del TS de 8 de julio de 2014, reiterando la doctrina fijada en la dictada por el Pleno, de 20 de enero de 2014 para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera -lo que determinará la necesidad o no de hacer el test de idoneidad- no ha de estarse, tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que este es ofrecido al cliente, valoración que debe realizarse con los criterios establecidos en el artículo 52 Directiva 2006/73 que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 Directiva MiFID, según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48, S.L. (C-604/2011), conforme a la cual tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación realizada por la entidad financiera al cliente inversor "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público".

La misma sentencia 840/2013 se refirió a la diferente función de ambas evaluaciones, distinguiendo la finalidad del test de conveniencia -que va dirigido a la valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con el objetivo de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa, en los términos que establece el artículo 73 RD 217/2008- de la finalidad del test de idoneidad -que procede, como se ha dicho, cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada-, en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, según especifica el artículo 72 RD 217/2008.

1º. Existió un servicio de asesoramiento financiero pues la adquisición de los bonos le fue ofrecido por el personal de Bankpyme, siendo evidente la total falta de información por parte de esta entidad al actora cuando firmó la orden de adquisición de los bonos.

En ese contexto el deber de información que correspondía a la entidad bancaria demandada, conforme a la normativa bancaria específica aplicable en el momento de la contratación, ya referida, RD 629/13, (anterior a que la Ley del Mercado de Valores introdujera en su articulado las novedades de la Directiva MIFID, mediante la Ley 47/2007, de 18 de diciembre) era el necesario para proporcionar al cliente un grado de conocimiento suficiente de la naturaleza y riesgos del producto que se le ofrecía a fin de poder prestar un consentimiento debidamente informado, con conocimiento de causa y carente de vicio por error en cuanto a la trascendencia y posibles repercusiones globales de las obligaciones asumidas puestas en relación con el objetivo propuesto al contratar.

El incumplimiento de la normativa administrativa relativa al deber de información, como dice la sentencia de la sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 14 de febrero de 2012, no puede producir por sí mismo y sin más la nulidad del contrato financiero concertado, pero sí tiene sustancial trascendencia para determinar si el cliente, en función de su preparación financiera, nivel de formación y experiencia, era plenamente consciente de las obligaciones y riesgos que asumía y, en definitiva, si pudo o no incurrir en un error grave y esencial sobre lo que contrataba y sobre sus condiciones, en otros términos, si el consentimiento prestado estaba o no suficientemente formado.

La carga de la prueba sobre la corrección y suficiencia del asesoramiento o información pesa sobre la entidad bancaria -la diligencia exigible es la específica del ordenado empresario-, conforme a las normas que la disciplinan en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento civil, aunque corresponde a la parte adversa justificar la existencia del vicio invalidante del consentimiento, pues éste se presume válidamente prestado, conforme a la doctrina jurisprudencial consolidada.

El fundamento de derecho quinto de la sentencia nº 384/2014, de 7 de julio del TS dice: “Según se declaró en la STS núm. 840/2013 EDJ 2014/8696, la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido

esta Sala en la STS num. 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso núm. 1979/2011 EDJ 2013/70366, en la que -aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID- se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y, en concreto, el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión. Ahora esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa y la incidencia de su incumplimiento en la apreciación de error vicio del consentimiento.

Conforme a esta línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 CC, y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3; art. 64 RD 217/2008)".

Criterio que se reitera en la sentencia del mismo Tribunal de 8-7-2014, nº387/2014.

La prueba del cumplimiento del deber de información previo a la suscripción del contrato no puede consistir únicamente en un folleto informativo falto de claridad y en el propio contenido del contrato una vez firmado.

En todo caso, sea cual sea la norma jurídica que se seleccione, siempre impone el deber de información completa de los aspectos esenciales, el deber de claridad y concreción en la redacción del contrato y proscribire el desequilibrio de las prestaciones", pues bastaría recurrir los artículos 7 y 1.256 del Código Civil para sustentar tal conclusión.

Así se infiere, por lo demás, del artículo 5.3 del Código de Conducta, al que el artículo 2.1 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo EDL 1993/16198 confiere pleno valor normativo, cuando dispone que "la información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo

hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos".

NOVENO.- El TS en su sentencia nº 102/2016 de 25 de febrero indica, con cita de las sentencias 840/2013 de 20 de enero de 2014, 769/2014 de 12 de enero de 2015 y la 489/2015 de 16 de septiembre" que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas".- El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 del mismo Código Civil). La jurisprudencia ha exigido que el error sea esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa (sentencia núm. 215/2013, de 8 abril (RJ 2013, 4938)).

3.- El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negociar seriamente emitida.

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y

condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excitabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

4.- En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en las citadas sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y núm. 769/2014, de 12 de enero, entre otras.

“5.- La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva Mofad da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué

circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza”.

No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes, como tales, para la apreciación del error vicio. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores”.

Sobre el deber de información de las entidades bancarias la sentencia 102/2016 dice: “las sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre, y núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015, declararon que, en este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar, y de hacerlo con suficiente antelación. El art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE (Leer 1993, 1706 y 2550), de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, establece que las empresas de inversión tienen la obligación de transmitir de forma adecuada la información procedente «en el marco de las negociaciones con sus clientes». El art. 5 del anexo del RD 629/1993, aplicable a los contratos anteriores a la Ley 47/2007, exigía que la información «clara, correcta, precisa, suficiente» que debe suministrarse a la clientela sea «entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación». Y el art. 79 bis LMV reforzó tales obligaciones para los contratos suscritos con posterioridad a dicha Ley 47/2007.

La consecuencia de todo ello es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u

oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente.

No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto, y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que el cliente adquirió el producto por que fueron ofrecidos por los empleados de Bankpyme.

Para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado "ad hoc" para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición."

En este caso, no consta que hubiera esa información previa,.

Existe un error o vicio esencial y excusable en la formación del consentimiento de la actora en la medida en que no fue informada adecuada y suficientemente sobre las circunstancias prósperas y adversas del contrato, siendo la información omitida esencial para emitir un consentimiento válido (arts. 1261, 1265, 1266 y 1300 CC).

DECIMO.- No puede traerse a colación (como se alega en el recurso, motivo quinto) la doctrina de los "actos propios" y buena fe, al haber recibido sin objeción alguna los dividendos (conforme a la información fiscal que se aporta en el acto del juicio), siempre y cuando el Tribunal Supremo al reconocer que si bien los actos propios prohíben que su autor vaya contra actos que definan claramente su posición o situación jurídica, o tiendan a crear, modificar o extinguir algún derecho, "también lo es que tiene como presupuesto que sean válidos y eficaces en Derecho por lo que no procede su alegación cuando están viciados por error, ya que aquel conocimiento viciado, es notoriamente incompatible con la exigida «intención manifiesta» (STS 28-9-2009), y también en este sentido, la STS 16-9-2004 rechaza, de manera expresa, que pueda predicarse la doctrina de los actos propios "en los supuestos en que hay error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia".

Así se deriva, a su vez, de las resoluciones de esta Audiencia Provincial, por todas, y en supuestos semejantes al del presente recurso, Sentencia Sección 13ª 14 de octubre de 2015 recurso 139/2015 "Por último la invocación de la doctrina de los actos propios es absolutamente inaplicable a los efectos de producir una confirmación tácita de la nulidad relativa del contrato con base en la percepción por la demandante de los réditos del producto, cuando dicho proceder se asienta en un desconocimiento inicial de las características de las participaciones preferentes , altamente gravosas para aquéllos, que, pese a ser preexistentes, sus consecuencias perniciosas solo afloraron después y han persistido hasta el presente momento, máxime cuando dicho actuar no implica necesariamente la voluntad de renunciar al derecho a invocar la causa de nulidad ni, por ello, puede impedir la restitución recíproca de las prestaciones realizadas entre las partes, cuando, como aquí ocurre, expresamente se lo reservó la actora. En definitiva, no se cumplen los presupuestos que se exigen en los arts. 1310 a 1313 del Código Civil , y en su razón también desestimaremos la cuarta alegación impugnatoria", y Sentencia Sección 20ª 20 de octubre de 2015 recurso 769/2014 "No puede ser de aplicación a la demandante la doctrina de los actos propios, como entiende la demandante, por cuanto, como indicábamos anteriormente al analizar el canje y venta de acciones, la confirmación de una operación negocial como la aquí analizada sólo es posible, cuando la misma se realice con conocimiento de la causa de nulidad, que ésta haya cesado y que se realice actos que impliquen necesariamente la voluntad de renunciar a invocar la causa de nulidad y el aceptar liquidaciones positivas no supone conocimiento de la causa de nulidad, de modo que no cabe atribuir a la demandante un comportamiento contrario a la buena fe, fundamento de la doctrina de los actos propios, por el hecho de solicitar la nulidad de la suscripción cuando ha tenido conocimiento de la causa de la misma".

UNDECIMO.- Por último hay que recordar el incumplimiento contractual de la recompra de los bonos por Caixabank SA que conlleva la resolución interesada (art 1124 cc).

DUODECIMO.-Las costas de esta instancia se imponen a la parte apelante en

virtud del art. 398 LECivil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

III.- FALLAMOS

Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación al que el presente rollo se contrae, **CONFIRMAMOS** la sentencia dictada por el juzgado de origen en el procedimiento referenciado en el encabezamiento de esta resolución, en cuyo antecedente de hecho primero se transcribe su fallo, con imposición de las costas de esta instancia a la parte apelante.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido por CAIXABANK S.A., de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2.009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 208.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, póngase en conocimiento de las partes que contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 del texto legal antes citado, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala.

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

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia fue hecha pública por los Magistrados que la han firmado. Doy fe. En Madrid, a