

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Octava

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 1 - 28035

Tfno.: 914933929

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0177648

Recurso de Apelación 570/2017 D

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 12 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 1116/2015

APELANTE: D. JULIO

PROCURADOR D. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ

APELADO: CAIXABANK SA

PROCURADOR D. MIGUEL ÁNGEL MONTERO REITER

SENTENCIA N° 10/2018

ILMOS SRES. MAGISTRADOS:

D. JUAN JOSÉ GARCÍA PÉREZ

Dña. CARMEN MÉRIDA ABRIL

D. FRANCISCO JAVIER PEÑAS GIL

En Madrid, a diecisiete de enero de dos mil dieciocho. Los Ilmos. Sres. Magistrados expresados al margen, han visto en grado de apelación los autos de juicio ordinario número 1116/2015, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 12 de Madrid, seguidos entre partes, de una como demandante-apelante **D. JULIO**, representados por el Procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández; y de otra, como demandada-apelada **CAIXABANK, S.A.**, representada por el Procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter.

VISTO, siendo Magistrada Ponente la **Ilma. Sra. Dª CARMEN MÉRIDA ABRIL**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Madrid, en fecha 13 de marzo de 2017 se dictó sentencia número 82/2017, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

“1.- DESESTIMO la demanda interpuesta por la representación D. JULIO contra CAIXABANK S.A.

2.- ABSUELVO a la demandada de las peticiones de la demanda.

3.- Sin costas.”

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante 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 quedó en turno de deliberación, votación y fallo, lo que se ha cumplido el día 10 de enero de 2018.

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los de igual naturaleza de la sentencia apelada.

PRIMERO.- *Antecedentes y objeto del recurso.*

1.- La representación procesal de D. Julio, interpuso demanda de juicio ordinario frente a Caixabank, S.A, como sucesora de Bankprime en la que solicitaba la declaración de nulidad absoluta o relativa del contrato de adquisición de 30 bonos de la empresa Fergo

Aisa y la condena a Caixabank, S.A, al pago en concepto de restitución, del importe de 30.000 euros, más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores a concretar en ejecución de sentencia por ser de devengo periódico, más los intereses legales que correspondan sobre estos importes desde el cargo en cuenta y hasta su efectivo pago, debiéndose compensar de todo ello los importes percibidos por la actora en concepto de cupón; subsidiariamente, ejercitó acción resolutoria del contrato por incumplimiento por parte de Bankpime, SA, actualmente Caixabank, SA, de sus obligaciones contractuales en cuanto al pacto de recompra de valores; o en su caso de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de los instrumentos objeto de la presente demanda, en los términos recogidos en la misma y una condena dineraria en los mismos términos.

En defensa de sus pretensiones adujeron que los demandantes son personas ajenas y desconecedoras del sector financiero y que confiados en los empleados de BANKPIME les colocaron los bonos sin entregarles documentación ni informarles adecuadamente de las características y riesgos del producto, ofreciéndoseles como un depósito seguro y garantizado, cuando se trata de títulos que cotizan en mercado organizado de renta fija, que ante la situación de insolvencia de la entidad FERGO AISA, perdieron su valor y dejaron de percibir la remuneración pactada. Atribuyen a la entidad demandada el ofrecerles un producto que no se adaptaba a su perfil conservador y necesidades financieras.

2.-La sentencia de primera instancia desestima íntegramente la demanda. Sus argumentos fueron los siguientes:

“Por escritura pública de 1 de diciembre de 2011 otorgada por BANKPIME a favor de CAIXABANK (documento 5 de la demanda) se elevan a públicos contratos privados de compraventa de negocio. En su exponen do III las partes significan que la adquisición se produce sin sucesión universal y en su estipulación 2ª los otorgantes declaran que la transmisión del negocio bancario consiste en la adquisición por CAIXABANK de determinados activos y la asunción de determinados pasivos. De esta expresión “determinados” se desprende que no se transmite la totalidad del negocio de BANKPIME por lo que ha de analizarse si comprende los bonos objeto de este proceso.

En la cláusula 4ª del contrato de compraventa protocolizado “Activos y Pasivos no cedidos” se excluye expresamente que del negocio transmitido los pasivos contingentes tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que puedan derivarse de la actividad del vendedor presente o futura.

Con esta expresión parece excluirse claramente de la transmisión los bonos objetos de este proceso, comercializados en el año 2006.

A ello ha de añadirse que los actores tienen reconocido su crédito en el Concurso de Acreedores de FERGO AISA, que ha sido igualmente destinatario de reclamaciones por este producto. (...)

En cuanto a costas, y existiendo dudas de derecho, al no ser unánime el criterio de las Audiencias provinciales sobre la cuestión, no se hace expresa imposición de las causadas (art. 394 LEC).”

3.- Contra la sentencia, los demandantes formulan recurso de apelación en el que respondiendo a la estructura de un escrito de alegaciones, desarrollan las siguientes:

Alegación preliminar.- Incongruencia omisiva.

Alegación primera: Legitimación pasiva de Caixabank

Alegación segunda. Naturaleza jurídica del producto bancario denominado Bonos Aisa. Irrelevancia del concurso de acreedores de Aisa Fergo.

Y terminan solicitando la revocación de la sentencia apelada y la estimación de la demanda.

4.-La demandada apelada se opuso al recurso interesando la confirmación de la sentencia de acuerdo, en lo sustancial, con los fundamentos de la misma y con imposición de las costas a la parte apelante.

SEGUNDO.- Sobre la incongruencia omisiva

En relación con la incongruencia omisiva denunciada, conviene advertir que la sentencia recurrida es absolutoria y por lo tanto desestimatoria de todas las pretensiones ejercitadas en la demanda. Con carácter general, y conforme a reiterada jurisprudencia del TS (por todas, STS de 12 de febrero de 2016, rec.2450/2012) *«el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el petitum [petición] y la causa petendi [causa de pedir] y el fallo de la sentencia»* (sentencias 173/2013, de 6 de marzo, 31/2014, de 12 de febrero, y 467/2015, de 21 de julio).

En el caso de las sentencias absolutorias, como la presente, es jurisprudencia que *«las sentencias absolutorias no pueden ser por lo general incongruentes, pues resuelven sobre todo lo pedido, salvo que la desestimación de las pretensiones deducidas por las partes se hubiera debido a una alteración de la causa de pedir o a la estimación de una excepción no opuesta por aquellas ni aplicable de oficio por el juzgador»* (sentencias 476/2012, de 20 de julio, y 365/2013, de 6 de junio). De tal forma que, como puntualiza esta última sentencia, *«la sentencia desestimatoria de la demanda es congruente salvo que ignore injustificadamente un allanamiento, la desestimación de la demanda principal venga determinada por la estimación de una reconvencción o una excepción no formuladas (en este último caso, salvo cuando sea apreciable de oficio), o pase por alto una admisión de hechos, expresa o tácita, realizada por el demandado»*.

Al no hallarnos en ninguno de estos supuestos, debe rechazarse el motivo.

A ello se suma que, aun de concurrir una verdadera incongruencia omisiva por omisión de pronunciamiento, que no concurre, la parte recurrente tuvo la posibilidad -y la carga- de denunciar tal silencio en la primera instancia, con precedencia a la interposición de la apelación mediante el ejercicio de la petición de complemento o integración de la sentencia que prevé el artículo 215, apdo. 2 LEC y, sólo tras su denegación, formular recurso de apelación.

En efecto, el 459 LEC dispone que: *“En el recurso de apelación podrá alegarse infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia. Cuando así sea, el*

escrito de interposición deberá citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida. Asimismo, el apelante deberá acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello”. De la dicción de este precepto se desprende inequívocamente que las partes tienen una oportunidad procesal de poner de manifiesto la eventual omisión de pronunciamiento a través del procedimiento previsto en el art. 215 LEC, sin cuyo previo agotamiento no cabe acudir directamente al recurso de apelación para denunciar una falta que pudo ser subsanada a través de un trámite distinto y previo.

En este sentido, tiene declarado el TS, Sala Primera, en sentencias 411/2010, de 28 de junio y 664/2010, de 20 de octubre que «... A) El artículo 215.2 LEC otorga a las partes una vía para instar la subsanación de la incongruencia de la sentencia, por omisión de pronunciamiento, ante el mismo juez o tribunal que la dictó. Su utilización es requisito para denunciar la incongruencia de la sentencia en los recursos de apelación, conforme al artículo 459 LEC, y extraordinario por infracción procesal, conforme al artículo 469.2 LEC, de forma que la falta de ejercicio de la petición de complemento impide a las partes plantear en el recurso devolutivo la incongruencia omisiva (SSTS de 12 de noviembre de 2008, RC n.º 113/2003 y 16 de diciembre de 2008, RC n.º 2635/2003)...».

El motivo se desestima.

TERCERO.- Sobre la legitimación pasiva de Caixabank y la irrelevancia del concurso de acreedores de Aisa Fergo.

El sustento jurídico y los razonamientos que fundamentan ambas alegaciones están estrechamente relacionadas por lo que la respuesta será única y conjunta para ambos

La sentencia apelada estima que en la cláusula 4ª del contrato de compraventa protocolizado por escritura pública de 1 de diciembre de 2011 otorgada por BANKPIME a favor de CAIXABANK sobre “Activos y Pasivos no cedidos” se excluye expresamente del negocio transmitido los pasivos contingentes tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que puedan derivarse de la actividad del vendedor

presente o futura. Con esta expresión, se afirma, parece excluirse claramente de la transmisión los bonos objetos de este proceso, comercializados en el año 2006.

La cuestión planteada en las presentes actuaciones sobre la legitimación causal de la entidad Caixabank S.A. en relación con las acciones ejercitadas contra ella derivadas de la adquisición de los Bonos Aisa Fergo comercializados en su día por la entidad Bankpime, ha sido ya objeto de pronunciamiento por esta Ilma. Audiencia Provincial, si bien en forma distinta por diferentes secciones de la misma, siendo así que esta Sección 8ª ha sostenido en reiteradas ocasiones la legitimación pasiva de la hoy demandada, así en sentencias de 28 de julio de 2016, rec. 491/2016, y 26 de junio de 2017, rec. 1201/2016, en los siguientes términos:

« 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 BANKPIME, S.A., pasó a ocupar la posición contractual que ésta tenía respecto de D. Segundo de Dios Llorente, respecto del contrato celebrado por éste con la citada BANKPIME, S.A. y en virtud del "Contrato de compraventa de negocio" de 29 de septiembre de 2.011 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 BANKPIME, 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.

(...)Por consiguiente, la relación negocial seguida entre BANKPIME, 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 (BANKPIME, 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 concurran 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 BANKPIME, 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 BANKPIME, 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 competer a CAIXABANK, S.A. frente a su cedente y con base en los pactos contractuales celebrados entre ellas.

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

Y sobre esta cuestión también se ha pronunciado la STS 652/2017, de 29 de noviembre, rec. 3587/2015, de la que extractamos lo siguiente:

« CUARTO.-Decisión del tribunal (I). Ineficacia frente a los clientes de la exención de los «pasivos contingentes» de la transmisión del negocio bancario

(...) 2.-La cláusula en la que Caixabank funda su argumentación no supone, como pretende, la exclusión de algunos pasivos en la transmisión del negocio bancario, o la exclusión de algunos contratos en la cesión de contratos efectuada por Bankpime a Caixabank, exclusión de contratos que, por otra parte, era incompatible con la transmisión del negocio bancario como unidad económica. Lo que en realidad se pretendía con esa cláusula era transmitir a Caixabank el negocio bancario de Bankpime, ceder a Caixabank los contratos celebrados por Bankpime con sus clientes en el marco de dicho negocio, pero sin que Caixabank asumiera responsabilidad alguna frente a los clientes cedidos. Y se pretendía hacerlo sin ponerlo en conocimiento de los clientes«cedidos» ni contar con su aquiescencia.

3.-Una interpretación de esta cláusula como la que sostiene Caixabank ha de considerarse fraudulenta, al intentar oponerla frente a terceros ajenos al contrato que celebró con Bankpime, pues defrauda los legítimos derechos del cliente bancario a la protección de su posición contractual en un caso de transmisión del negocio bancario como unidad económica. Máxime en un caso como este, en que el cedente se desprendió por completo de su negocio bancario y casi sin solución de continuidad, renunció a la autorización para operar como entidad de crédito y entró en concurso que terminó en liquidación al no aprobarse el convenio.

4.-Por tal razón, esa cláusula carece de eficacia frente a terceros no intervinientes en el contrato, como es el caso de los clientes de Bankpime que por la transmisión del negocio bancario pasaron a serlo de Caixabank. Es Caixabank, no la Audiencia Provincial, quien sostiene un argumento que vulnera el art. 1257 del Código Civil , al pretender que una cláusula del contrato que celebró con Bankpime afecte a terceros ajenos al contrato y que no han prestado su aquiescencia, y les prive de los derechos que tienen frente a la entidad bancaria de la que son clientes, que en su día fue Bankpime, pero que posteriormente pasó a serlo Caixabank en virtud de la transmisión del negocio bancario de una a otra entidad y de la cesión de la posición contractual que tal transmisión suponía.

5.-Al haberse producido, en virtud del negocio jurídico celebrado entre Caixabank y Bankpime, la cesión global de los contratos celebrados por Bankpime con sus clientes como elemento integrante de la transmisión del negocio bancario, como unidad económica, de una a otra entidad, la transmisión de la posición jurídica que el cedente tenía en los contratos celebrados con los clientes en el desenvolvimiento del negocio bancario transmitido ha de considerarse plena.

No es admisible, que es lo que supone en la práctica la pretensión de Caixabank al amparo de dicha cláusula, porque tal pretensión implica la defraudación de los legítimos derechos de los clientes bancarios, al privarles de las acciones que pueden ejercitar con base en los contratos celebrados con el banco del que han pasado a ser clientes en virtud de la transmisión del negocio bancario realizado y que ha asumido la posición contractual del banco cedente. De aceptarse la tesis de Caixabank se llegaría al absurdo de que, aun cuando la transmisión del negocio bancario fue global, algunas relaciones jurídicas con algunos clientes que pasaron a ser de Caixabank, retornarían a Bankpime por el solo hecho de resultar conflictivas o inconvenientes para Caixabank, y ello en virtud de una cláusula oculta para esos mismos clientes y pese a haber dejado de operar Bankpime en el negocio bancario.

Por ello, frente a estos clientes, carece de eficacia la previsión de que no resultan transmitidos los «pasivos contingentes» consistentes en «reclamaciones contractuales [...] futuras que puedan derivarse de la actividad del vendedor [...]».

(...)7.-Además de lo expuesto, que bastaría para desestimar el argumento impugnatorio, debe añadirse que en este caso es necesario proteger la confianza legítima generada en sus clientes por la actuación de Bankpime y Caixabank.

Como se ha dicho, la operación celebrada entre ambos se presentó a los clientes como una transmisión del negocio bancario (como efectivamente había sido), con cesión incluso de oficinas y personal, pues así se les comunicó y así se desprendía de los signos externos apreciables por los clientes (mismas oficinas, mismos empleados). Con base en esta apariencia, los clientes tenían derecho a confiar en que no se limitaría su derecho a ejercitar frente al nuevo titular del negocio bancario las acciones basadas en el

desenvolvimiento del negocio bancario anterior al momento en que se produjo tal transmisión (...).

8.-Por último, dado que la existencia o no de un conflicto que dé lugar a una «reclamación contractual» (en un sentido amplio, que incluya las acciones de nulidad del contrato) depende de la voluntad de Caixabank de atender a las solicitudes de sus nuevos clientes, la pretensión de hacer valer una cláusula de esta naturaleza frente a los clientes que lo eran de Bankpime y pasaron a serlo de Caixabank, supone dejar sin efecto la cesión de una determinada posición contractual, efectivamente producida, cuando en el futuro se genere un conflicto al que el banco cesionario decida no dar una respuesta satisfactoria para el cliente, y este efectúe una reclamación.

Se estaría dejando la decisión sobre la validez y el cumplimiento de los contratos cedidos al arbitrio exclusivo del cesionario del contrato, que no tendría que responder frente al cliente de la acción que este entablara para obtener la anulación del contrato o la exigencia de responsabilidad por el incumplimiento del mismo.

9.-A la vista de lo anterior, este extremo del contrato de cesión celebrado entre Bankpime y Caixabank debe ser interpretado en el sentido de que aquel quedaba obligado a dejar a este indemne por las reclamaciones que le formularan los clientes que en su día lo fueron de Bankpime cuando tales reclamaciones se basaran en hechos acaecidos antes de la transmisión del negocio bancario, de modo que Caixabank pueda reclamarle la indemnización por el quebranto patrimonial que le supongan estas reclamaciones (...).

QUINTO.-Decisión del tribunal (II). La legitimación pasiva en las acciones de nulidad de los contratos de adquisición de productos financieros complejos comercializados por las empresas de inversión

1.-Despejada la cuestión relativa a la eficacia a la cláusula exoneratoria invocada por Caixabank, deben resolverse los demás argumentos impugnatorios planteados en este motiv

En primer lugar, el relativo a que la transmisión del negocio bancario realizada por Bankpime a Caixabank no legitima pasivamente a esta para soportar la acción de nulidad del contrato de adquisición de los bonos porque Bankpime tampoco lo habría estado, pues su intervención en el contrato fue la de un simple intermediario.

Este argumento impugnatorio no puede estimarse por las razones que a continuación se exponen (...).

3.-Este tribunal, en anteriores sentencias, ha reconocido la legitimación pasiva de la entidad bancaria que comercializa a sus clientes un producto de inversión cuando éstos ejercitan contra aquella una acción de nulidad y piden la restitución de lo que invirtieron. Lo hicimos en las sentencias 769/2014, de 12 enero, 625/2016, de 24 de octubre, y 718/2016, de 1 de diciembre, entre otras. Lo hemos hecho más recientemente y de un modo extenso en la sentencia 477/2017, de 20 de julio.

4.-Hemos afirmado en esta última sentencia que cuando el demandante solo mantiene la relación contractual con la empresa de inversión de la que es cliente, en este caso un banco, y adquiere un producto de inversión que tal empresa comercializa, el negocio no funciona realmente como una intermediación por parte de la empresa de inversión entre el cliente comprador y el emisor del producto de inversión o el anterior titular que transmite, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto (en este caso, unos bonos) que la empresa de inversión se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular y, al transmitirla a su cliente, obtiene un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del agente.

Es más, por lo general el cliente no conoce el modo en que la empresa de inversión ha obtenido el producto que tal empresa comercializa, pues ignora si la empresa de inversión lo ha adquirido directamente del emisor, que en ocasiones está radicado en un país lejano, o lo ha adquirido en un mercado secundario de un anterior inversor que es desconocido para el cliente.

El inversor paga el precio del producto a la empresa de inversión de la que es cliente. La empresa de inversión le facilita el producto financiero que comercializa (que usualmente queda custodiado y administrado por la propia empresa de inversión, de modo que la titularidad del cliente se plasma simplemente en un apunte en su cuenta de valores administrada por tal empresa de inversión) y esta obtiene un beneficio por el margen que carga sobre el precio que abonó por la adquisición del producto.

5.-En estas circunstancias, ha de reconocerse legitimación pasiva a la empresa de inversión que comercializa el producto de inversión, en este caso un banco, para soportar la

acción de nulidad del contrato por el que el cliente obtuvo el producto y, en caso de condena, debe restituir al cliente la prestación consistente en el precio que este pagó por la adquisición del producto».

Y finalmente concluye que «la transmisión por Bankpime a Caixabank de su negocio bancario como unidad económica y, como elemento integrante de dicha transmisión, la sustitución de Bankpime por Caixabank en la posición contractual que aquel ostentaba frente a cada uno de sus clientes del negocio bancario, justifica que estos pudieran ejercitar contra Caixabank las acciones de nulidad contractual, por error vicio, respecto de los contratos celebrados por Bankpime con su clientela antes de la transmisión del negocio bancario, sin perjuicio de las acciones que Caixabank pueda ejercitar contra Bankpime para quedar indemne frente a esas reclamaciones, conforme a lo previsto en el contrato celebrado entre ambos bancos».

La desestimación de la excepción de falta de legitimación pasiva de Caixabank apreciada en la instancia conlleva, conforme ha declarado reiteradamente jurisprudencia, la necesidad de abordar en esta alzada el examen de las acciones ejercitadas y demás motivos de oposición no resueltos en aquella, a los que nos pasamos a referir.

CUARTO.- De la falta de legitimación activa ad causam de D. Juan Ballesteros Pérez.

Se opuso Caixabank a las acciones esgrimidas por este alegando que “como se desprende de los recibos que aportan en el escrito de demanda, así como de la orden de suscripción de valores y del listado de bonistas de Fergo Aisa que aportamos como Documento núm 3, don Julio Ballesteros Pérez no es, ni ha sido, titular de ninguno de los títulos cuya nulidad hoy se pretenden. Don Julio Ballesteros Pérez figura únicamente como autorizado en cuenta, es decir, está autorizado por doña María del Carmen Enriqueta Fassi Díaz, titular de la cuenta- y de los bonos-, a operar en la cuenta de valores. En esta posición de autorizado, a don Julio no le afecta la situación en la que se encuentran los bonos, su liquidez, o los beneficios o pérdidas que puedan devengarse de su tenencia, pues no es titular.”

El motivo del recurso ha de ser estimado pues, efectivamente, como resulta de la orden de suscripción, de las comunicaciones remitidas y del listado de bonistas que se

acompaña a la contestación, la titular de los bonos lo fue tan solo la demandante D^a María del Carmen Enriqueta Fassi Díaz, lo que determina la confirmación de la sentencia desestimatoria de las pretensiones de aquel, si bien por otros fundamentos.

QUINTO.- Sobre la acción de nulidad radical. La infracción de normas imperativas.

Sustenta el actor su pretensión de nulidad al amparo del artículo 6.3 del Código Civil en el *«incumplimiento objetivo de las obligaciones legales de información sobre las características y riesgos del producto por parte del profesional financiero, en concreto por vulneración de los artículos 78 y ss. de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores; y del Código de Conducta del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo.»*

Pues bien, la mera infracción de la citada normativa no determina la nulidad radical del contrato. Como ha declarado el TS en sentencias 716/2014, de 15 diciembre, y 323/2015, de 30 de junio, *« no negábamos que la infracción de estos deberes legales de información pudiera tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, pero considerábamos que la mera infracción de estos deberes de información no conllevaba por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato»*. Esta doctrina se ha reiterado con posterioridad, en sentencias 549/2015, de 22 de octubre, 154/2016, de 11 de marzo y 12/2017, de 13 de enero.

SEXTO.- Sobre la caducidad de la acción de anulabilidad

El apelado demandado opuso en su escrito de contestación a la demanda la caducidad de la acción de nulidad al entender que estaría caducada a la fecha de interposición de la demanda, de conformidad con el plazo de 4 años del artículo 1.301 del Código Civil , así *“el Hecho Relevante registrado en la CNMV respecto a los acuerdos de la asamblea de bonistas de 11 de enero de 2010 con un calendario de pagos aplazado de los intereses vencidos y pendientes de pago de las anualidades 2008 y 2009, que se puede hallar en la propia web de la CNMV. Se acompaña copia del hecho relevante como Documento*

núm. 5. Luego, conociendo los actores desde el año 2008 que AISA no podía pagar siquiera los intereses de los bonos, por lo menos el 10 de agosto de 2008 debería ser tomado como “dies a quo” para el cómputo del plazo de caducidad de 4 años, pues a esa fecha podía el causante ser perfectamente consciente de qué adquirió, si es que en algún momento hubo error” .

Sobre la caducidad de la acción de nulidad de los contratos de adquisición de productos financieros complejos, la STS de 29 de noviembre de 2017 recuerda que «1.- Esta sala ha tratado la cuestión de la caducidad de las acciones de anulación por error vicio de los contratos relacionados con los productos o servicios financieros complejos y de riesgo en sentencias como las 769/2014, de 12 de enero de 2015 , 376/2015, de 7 de julio , 489/2015, de 16 de septiembre , 435/2016, de 29 de junio , 718/2016, de 1 de diciembre , 728/2016, de 19 de diciembre , 734/2016, de 20 de diciembre , 11/2017, de 13 de enero , y 130/2017, de 27 de febrero entre otras. Se trata por tanto de una jurisprudencia asentada y estable. En estas sentencias, a las que nos remitimos para evitar extensas transcripciones, hemos declarado que en las 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 positivas o 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».

Criterios que, aplicados al presente supuesto y puestos en relación con la naturaleza del contrato en cuestión, nos llevan a desestimar la excepción pues, contrariamente a lo que se sostiene por el recurrente y resulta de la prueba practicada, la apelada no pudo alcanzar la comprensión cabal y real de las características y riesgos del producto complejo adquirido hasta que llegado el día de su vencimiento, en agosto de 2011, no pudo recuperar su importe, momento en el que pudo advertir que no se trataba de un depósito a plazo de 5 años que era

lo que se creyó contratar (página 22 demanda), sin que , en todo caso, la demandada acredite haber remitido a la bonista ninguna comunicación relativa a la situación de los bonos, ni la notificación del hecho relevante que adjunta como documento nº 5 de la contestación.

SEPTIMO.- *De la acción de anulabilidad por error en el consentimiento en el momento de la contratación por falta de información.*

La carga de la prueba del error del consentimiento recae sobre la parte que lo alega, la demandante, mientras que corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información precontractual y contractual a la entidad bancaria. Por tanto, con carácter previo a analizar la existencia de vicio en el consentimiento prestado por D^a María del Carmen Enriqueta Fassi Díaz es procedente analizar si la entidad demandada cumplió con las labores de información que le incumbían.

La Ley del Mercado de Valores, en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, aplicable por razones temporales, dedica el título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión. El art. 79 de la Ley del Mercado de Valores establece 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 «asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]». Por tanto, aunque tras la reforma operada por la transposición de la Directiva MiFID, el nuevo art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores sistematiza mucho más la información a recabar por las empresas de inversión de sus clientes (apartados 5 y siguientes) y la información que deben suministrar a los mismos (apartados 1 a 4), de modo que refuerza el nivel de protección de estos, con anterioridad a dicha reforma ya existía esa obligación de informarse sobre el perfil de sus clientes y las necesidades y preferencias inversoras de estos y de suministrarles información clara, correcta, precisa, suficiente, facilitada con suficiente antelación, haciendo hincapié en los riesgos de la operación, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo.

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».

Y la STS de 30 de septiembre de 2016, rec. 1015/2013 que añade que «La previsión contenida en el anterior art. 79 de la Ley del Mercado de Valores desarrollaba la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha Directiva. Los arts. 10 a 12 de la Directiva fijan un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Su art. 11 prevé que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a «informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados [...]; a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes». Estas obligaciones de las empresas de inversión son reforzadas y formalizadas por la posterior Directiva MiFID.

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

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

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

3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos». «El incumplimiento por la demandada del estándar de información impuesto en esta normativa sobre las características del producto financiero complejo que ofrecía a su cliente, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable.

Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en las sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 460/2014, de 10 de septiembre, «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de

forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».

Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico».

En la proyección de la normativa- art.79 LMV y Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo- y doctrina jurisprudencial expuesta al caso de autos, existiese o no relación de asesoramiento financiero, lo cierto es que del análisis de la documental aportada , no se permite deducir que la demandada ofreciera la información precisa para conocer los riesgos del producto, máxime considerando el perfil de la demandante, jubilada, minorista y sin conocimientos financieros, y sin que la orden de suscripción que se acompaña como documento nº 2 de la demanda contuviera datos que permitieran identificar las características del producto y sus riesgos.

En otro orden, el defecto de información parece más que evidente cuando tras denominarse el contrato celebrado de “*compraventa con pacto de recompra de activos financieros negociados*”, que era lo que dotaba de carácter seguro al producto, y referirse en

su condición general segunda que «2. *En la Fecha Valor, el Banco, con capacidad para actuar en el mercado en el que se negocian los activos financieros objeto del presente contrato, venderá al Titular dichos activos financieros por el precio indicado en el Efectivo de Compra y en la Fecha de Recompra. El Banco estará obligado a recomprar y el Titular a revender la totalidad de dichos activos financieros por el medio indicado en el Efectivo de recompr* », la demandada apelante sostiene que no existe la obligación de “pacto de recompra” pues ni figura en las condiciones del contrato un pacto de tal naturaleza, y aun de existir, no sería válido por no haberse estipulado un precio y una fecha de recompra, lo que evidencia que la orden de suscripción no cumple con los requisitos de concreción, claridad y sencillez en la redacción, ni es de fácil comprensión al alcance de todo tipo de consumidor minorista.

Lo que precede determina la declaración de nulidad de la compra de bonos con los efectos legales del art.1301 del Código Civil, sin que proceda la reclamación por «*gastos de custodia directamente vinculados a estos valores a concretar en ejecución de sentencia*», por tratarse de un gasto no acreditado en el procedimiento.

OCTAVO.- Costas.

La estimación del recurso interpuesto por determina la no imposición de las costas de esta alzada a ninguno de los litigantes; y la desestimación del recurso interpuesto por D. Julio Ballesteros Pérez determina la imposición de costas al apelante, todo ello conforme al art. 398 LEC.

Respecto de las costas de la primera instancia, esta Sala aprecia la existencia de dudas de derecho que excepcionan el principio del vencimiento (art.394 LEC) y justifican la no imposición de costas, como también se estimó en la sentencia apelada pues, efectivamente, la legitimación de Caixabank en las demandas relativas a bonos Aisa comercializados por Bankpyme, a la fecha de la sentencia apelada y de la interposición del recurso era jurídicamente dudosa dado que no existía una doctrina pacífica de las Audiencias, así se deduce por la existencia de tres tendencias en el seno de esta misma Audiencia Provincial:

- A) La Sección 25ª, SAP, Civil, de 22 de enero de 2016 (ROJ: SAP M 563/2016 – ECLI:ES:APM:2016:563), nº 17/2016, Recurso: 540/2015, y SAP, Civil sección 25ª del 10 de junio de 2016 (ROJ: SAP M 7425/2016 – ECLI:ES:APM:2016:7425), nº 216/2016 | Recurso: 12/2016, apreció la falta de litisconsorcio pasivo necesario.
- B) La Sección 20ª, SAP, Civil, de 25 de abril de 2016 (ROJ: SAP M 5131/2016 – nº 207/2016, Recurso: 592/2015), apreció la existencia de legitimación pasiva de Caixabank,
- C) La Sección 19ª, apreció la falta de legitimación pasiva de Caixabank, mediante sentencia de 22 de junio de 2016, nº 255, R. 432/2016. SAP, Civil sección 19 del 22 de junio de 2016 (ROJ: nº 255/2016 | Recurso: 432/2016)

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

III.- FALLAMOS

1º.- **ESTIMAR** el recurso interpuesto por el Procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández en nombre y representación frente a CAIXABANK, SA, contra la sentencia dictada el día 13 de marzo de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Madrid, correspondiente a los autos de procedimiento ordinario número 1116/2015, con **REVOCACIÓN DE LA MISMA**, dictando otra por la que **ESTIMANDO** la demanda se declara la nulidad del contrato de adquisición de 30 bonos de Aisa 08/2011, condenando a Caixabank, S.A a la restitución al demandante de 30.000 euros más los intereses legales desde la fecha de la inversión con la obligación de la demandante de devolver los rendimientos percibidos en concepto de cupón y sus intereses desde la fecha de su percepción, sin imposición de costas. .

. .

La estimación del recurso determina la devolución del depósito y la desestimación su pérdida 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 treinta de enero de dos mil dieciocho.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ