

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimocuarta

C/ Ferraz, 41 , Planta 4 - 28008

Tfno.: 914933893/28,3828

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0122475

Recurso de Apelación 828/2016



(01) 30899722697

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 97 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 731/2015

APELANTE: CAIXABANK S.A.

PROCURADOR D. JAVIER SEGURA ZARIQUIEY

APELADO: D. LUIS

PROCURADOR D. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ

SENTENCIA

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D. PABLO QUECEDO ARACIL

D. JUAN UCEDA OJEDA

Dña. PALOMA GARCÍA DE CECA BENITO

En Madrid, a uno de marzo de dos mil diecisiete.

Siendo Magistrado Ponente D. PABLO QUECEDO ARACIL

La Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles sobre procedimiento Ordinario 731/2015 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 97 de Madrid, en los que aparece como parte apelante CAIXABANK, S.A., representada por el Procurador D. JAVIER SEGURA ZARIQUIEY y defendida por los Letrados D. OSCAR QUIROGA SARDI y Dña. BEATRIZ FERNÁNDEZ-MIRANDA DE LEÓN, y como parte apelada D. LUIS, representado por el Procurador D. MARIANO DE LA CUESTA HERNÁNDEZ, y defendido por el Letrado D. EDUARDO RODRÍGUEZ DE BRUJÓN Y FERNÁNDEZ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 20/05/2016.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia Nº 97 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 20/05/2016 cuyo fallo es del tenor siguiente:

”Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales en nombre y representación de Don Luis frente a Caixabank SA y en consecuencia declaro la nulidad del contrato por el que el actor adquirió bonos Fergo Aisa por importe de 30.000 euros y como consecuencia condeno a la demandada a la restitución del importe invertido en la adquisición 30.000 euros, más los gastos de custodia de estos valores a determinar en ejecución de sentencia, más los intereses legales que correspondan sobre estas sumas desde la fecha de cargo, debiéndose compensar los importes percibidos por el actor en concepto de cupón, y condeno a la demandada a las costas causadas en esta instancia”.

SEGUNDO.- Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte demandada CAIXABANK, S.A., al que se opuso la parte apelada D.LUIS, y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LEC, se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 15 de febrero de 2017.

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

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, que no se opongan a los de ésta.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- *El debate.*

En la fecha de 6 de julio de 2006, el actor suscribió en la oficina de BANKPIME S.A. (en adelante BANKPIME) más próxima a su domicilio, y de la que era cliente desde hacía más de quince años, orden de compra de 30 Bonos Fergo Aisa por un valor nominal de 30.000 €. Dejó de percibir los cupones del 5% en el año 2009, Bankpyme incumplió el pacto de recompra, ni restituyó lo invertido al vencimiento señalado en agosto de 2011.

Con carácter principal ejercitaba la acción de resolución por incumplimiento del art. 1124 Cc

Subsidiariamente la de nulidad, por falta de consentimiento, de error, y de negligencia en el deber de información y seguimiento de la inversión realizada.

El 29-9-2011, BANKPYME y CAIXABANK S.A. (en adelante CAIXABANK) firmaron un contrato privado de compraventa, elevado a público el 11-12-2011, por el que CAIXABANK, adquiría los activos y pasivos bancarios señalados en dicho documento, excluyéndose pasivos contingentes derivados de la actividad bancaria, haciéndose constar que la enajenación del negocio bancario no suponía sucesión universal en la posición del vendedor.

El 15-3-2015, 9 años después de la suscripción de los bonos el actor demandó CAIXABANK, en suplica del acción de nulidad de pleno derecho.

Subsidiariamente, anulabilidad por error en el consentimiento y, alternativamente, resolución por incumplimiento contractual e indemnización de daños y perjuicios.

CAIXABANK se opuso alegando su falta de legitimación pasiva, desde una perspectiva tanto formal como material, y caducidad de la acción de nulidad.

Mantuvo que la compraventa de valores mediante una orden de transferencia del valor, no puede ser objeto de impugnación o anulación "por ninguna causa" e inexistente falta de información por parte de BANKPYME.

SEGUNDO.- *Recurso del demandado.*

PRIMERA.- FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA DE CAIXABANK

Tal y como ya estableció esta parte en su escrito de contestación a la demanda y como sostuvo de nuevo en la celebración de la Audiencia Previa al juicio, es necesario reiterar la absoluta falta de legitimación pasiva de CAIXABANK frente a las acciones ejercitadas en el presente procedimiento contra la misma. Insistimos de nuevo en que esta falta de legitimación pasiva debe predicarse además, desde una doble vertiente:

Formal: porque no ha habido sucesión universal de CAIXABANK en la posición de BANKPYME.

Material: porque la intervención de BANKPYME fue en calidad de mera intermediadora.

A) FORMAL: No ha habido sucesión universal de CAIXABANK en la posición de BANKPYME

En la medida que el Juzgador a quo responsabiliza a mi mandante por haber sucedido supuestamente a BANKPYME en los contratos suscritos con los actores, debe necesariamente insistirse en que, la compraventa de determinados activos y pasivos de BANKPYME por parte de CAIXA BANK, no constituye de ninguna manera la sucesión universal en la posición de aquélla, por las razones que a continuación se relacionan:

La transmisión de BANKPYME a CAIXABANK únicamente comprende determinados activos y pasivos, con exclusión expresa de los pasivos contingentes por reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes y futuras derivadas de la actividad de BANKPYME.

La transmisión no implica la sucesión universal no sólo por la expresa voluntad de las partes, sino también porque así lo ha confirmado La Orden de la Ministra de Economía y Hacienda de fecha de 29 de noviembre de 2011 y, muy especialmente, porque BANKPYME continúa con su personalidad jurídica.

La transmisión entre BANKPYME y CAIXABANK no encaja en ninguno de los supuestos que contempla la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.

Procedemos a analizar resumidamente cada una de estas razones:

La transmisión de BANKPYME a CAIXABANK únicamente comprende determinados activos y pasivos, con exclusión expresa de los pasivos contingentes por reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes y futuras derivadas de la actividad de BANKPYME,

A los efectos de comprender la voluntad de BANKPYME y CAIXABANK de excluir las reclamaciones por la responsabilidad contractual o extracontractual de BANKPYME en el ejercicio de su actividad, como la que hoy nos ocupa, y la consiguiente falta de legitimación pasiva de CAIXABANK respecto de las acciones ejercitadas en el presente procedimiento, comenzaremos por el análisis del Contrato privado de compraventa celebrado entre las entidades financieras el día 29 de septiembre de 2011, acompañado a la contestación a la demanda como documento número 2.

De acuerdo con lo dispuesto en el Expositivo V del referido Contrato:

"(...) el comprador declara estar interesado en adquirir únicamente los elementos patrimoniales que conforman el negocio bancario de BANKPIME; incluyendo la intermediación de valores, depositaria y custodia, así como su gestora de fondos, sin sucesión universal. Y POR UN PRECIO SUPERIOR AL VALOR NETO CONTABLE DE LOS ELEMENTOS PATRIMONIALES A TRANSMITIR" Establece, por su parte la Cláusula Cuarta del Contrato, que lleva el título de "Activos y pasivos no cedidos", que:

"El comprador no asumirá ni adquirirá ningún pasivo del Vendedor distintos de los expresamente asumidos en la Cláusula 2.2 anterior. En particular, se excluyen de la operación contemplada en el presente Contrato y constituyen pasivos retenidos por el Vendedor y no transmitidos al Comprador los pasivos contingentes, tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que puedan derivarse de la actividad del Vendedor pasada o futura.

De las cláusulas transcritas se infiere con absoluta claridad que no ha existido un proceso de integración jurídica con plenos efectos de sucesión universal entre ambas entidades bancarias, sino que CAIXABANK adquirió únicamente determinados activos y pasivos de BANKPIME, de los que se encuentra expresamente excluida cualquier responsabilidad derivada de la actividad de BANKPIME.

Siendo así que CAIXABANK no es la sucesora universal de CAIXABANK a los efectos de eventuales reclamaciones, relativas a la adquisición de productos en las que BANKPIME pudiera haber intervenido.

La transmisión no implica la sucesión universal no sólo por la expresa voluntad de las partes, sino también porque así lo ha confirmado La Orden de la Ministra de Economía y Hacienda de fecha de 29 de noviembre de 2011 y, muy especialmente, porque BANKPIME continúa con su personalidad jurídica.

Como hemos podido comprobar, la voluntad de las partes no consistía en que el contrato celebrado entre ellas acarrearla la sucesión universal de BANKPIME por CAIXABANK, confirmándose a mayor abundamiento dicha inexistencia de sucesión universal ha sido por la Orden de la Ministra de Economía y Hacienda de fecha 29 de noviembre de 2011, por la que se autoriza la citada compraventa y en la cual se establecía lo siguiente:

"Visto el expediente promovido por "BANCO DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, S.A." (BANKPIME) y por "CAIXABANK, S.A." (Caixabank) mediante escrito de fecha de 27 de octubre de 2011, remitido al banco de España para su traslado y resolución por el Ministerio de Economía y Hacienda, por el que se solicita la autorización de este Ministerio de Economía y Hacienda establecida en el artículo 45.c) de la Ley de Ordenación y Bancaria, de 31 de diciembre de 1946, en su redacción dada por el artículo 43 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, para proceder a las operaciones por las que, BANKPIME transmitirá a Caixabank determinados activos y pasivos de su negocio bancario, sin sucesión universal, como unidad económica, tal y como se define en el "Contrato de Compraventa de Negocio" suscrito entre las partes el 29 de septiembre de 2011."

Asimismo, tampoco puede apreciarse que BANKPYME ahora es CAIXABANK por fusión por absorción, puesto que la sucesión universal es incompatible con la continuidad de la personalidad jurídica y esto tiene especial relevancia porque BANKPYME, sigue existiendo en la actualidad, si bien con otra denominación y objeto sociales, como bien quedó acreditado en primera instancia en la que se aportó como documento nº 5 a la contestación a la demanda la nota simple del Registro Mercantil, de la que resulta que BANKPIME en la actualidad se denomina IPME 2.012 SA.

De esta forma, es claro que BANKPYME, que sigue manteniendo no sólo su propia personalidad jurídica, sino también la responsabilidad personal frente a sus clientes que contrataron un producto financiero a través de BANKPIME, ya que este tipo de relaciones por responsabilidad contractual, no han sido objeto de adquisición ni subrogación por parte de CAIXABANK.

En consecuencia, existe falta de legitimación pasiva procesal, y/o falta de acción, por no ser CAIXABANK responsable de la existencia o del incumplimiento de las obligaciones de BANKPIME, en su servicio de información en la contratación de productos financieros de sus clientes. Entender lo contrario sería dejar sin efecto toda la teoría inherente a la personalidad jurídica.

La transmisión entre BANKPIME y CAIXABANK no encaja en ninguno de los supuestos que contempla la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.

Acreditada la inexistencia de sucesión universal entre BANKPYME y CAIXABANK, resulta igualmente necesario poner de manifiesto que el citado contrato de compraventa celebrado entre las entidades, no encaja tampoco en ninguna de las modificaciones estructurales que regula la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Y decimos lo anterior porque:

El contrato celebrado entre CAIXABANK y BANKPIME no puede ser considerado como transformación, en virtud del artículo 3 de la citada Ley, que la define de la siguiente forma:

"En virtud de la transformación una sociedad adopta un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica. "

No se puede apreciar que haya existida transformación, ya que no se ha producido en ningún caso el cambio de un tipo de sociedad mercantil a otra distinta, ni por parte de CAIXABANK, ni por BANKPIME.

2. Asimismo, tampoco podemos calificar la operación llevada a cabo por las entidades financieras como fusión del artículo 23.2 de la Ley 3/2009, que establece:

"Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, ésta adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda."

Como se ha puesto de manifiesto anteriormente, BANKPYME no se ha extinguido, sigue existiendo jurídicamente, bajo la denominación social de IPME 2012, S.A., de acuerdo con la Nota Simple del Registro Mercantil, aportada como Documento N° 5 de la contestación a la demanda.

Tampoco puede en ningún caso considerarse la adquisición de determinados activos y pasivos de BANKPIME por CAIXABANK como escisión total, escisión parcial o segregación, de acuerdo con los artículos 69 y siguientes de la Ley 3/2009 ya que, como ha quedado ya acreditado en reiteradas ocasiones. BANKPIME no ha perdido su personalidad jurídica, ni su patrimonio ha sido transmitido en bloque por sucesión universal, por lo que en ningún caso puede enmarcarse la operación de compraventa entre las entidades como escisión total, escisión parcial o segregación.

Es claro por tanto que BANKPIME no ha sido absorbida por CAIXABANK, existiendo únicamente la compra de determinados activos y pasivos del negocio bancario, con exclusión de los pasivos contingentes por reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes y futuras derivadas, de la actividad de BANKPIME, por lo que procede que se declare la falta de legitimación pasiva de mi representada en el presente procedimiento.

B) MATERIAL: La intermediación de BANKPIME en la contratación de los bonos.

A meros efectos dialécticos se debe establecer que, aunque se considerase que CAIXABANK es la sucesora universal de BANKPYME, la intervención de esta última en el seno de la negociación y contratación de los bonos FERGO AISA por los actores, impide igualmente considerar la legitimación pasiva de mi mandante.

Esto es debido a BANKPYME, en la contratación de los productos por los hoy actores, se limitó a realizar una actividad de mera intermediación y la administración y depósito de los títulos.

A) La actividad de mera intermediación.

Ta] y como se ha expuesto ya, BANKPYME (y mucho menos CAIXABANK) no era parte del negocio jurídico cuya nulidad se pretende, pues el mismo se reduce a una relación entre el actor y el emisor o vendedor del producto. CAIXABANK simplemente se subrogó por adquisición en el contrato de administración y depósito de los bonos.

En la contratación de los productos por los hoy actores, BANKPIME únicamente intervino como intermediaria, y ahora CAIXABANK ostenta la mera custodia y mantenimiento de los valores, de conformidad con lo establecido en el artículo 63.2.a) de la Ley del Mercado de Valores.

BANKPIME no fue parte de la compraventa, ni tampoco de la relación subsiguiente obligacionista-emisor, por lo que difícilmente pudo transmitir estas relaciones.

BANKPIME si fue parte, en cambio, en la intermediación de la compraventa del valor, pero esta relación se consumó cuando se ejecutó la instrucción de cliente, y no se adquirió como pasivo la eventual responsabilidad incurrida en comercializaciones pretéritas, por lo que sin perjuicio de quedar la relación jurídica imposibilitada para ser transmitida, al ser de tracto único, se pactó expresamente que no era objeto de transmisión, como potencial pasivo, ninguna responsabilidad por la comercialización valores. Dicho pasivo permaneció, por tanto, en BANKPIME sin ser transmitido en la operación que sólo incluye lo pactado por las partes.

Esta diferenciación contractual, que es esencial para abordar un litigio de estas características, está muy bien detallada en la Sentencia de este digno Tribunal de 8 de Octubre de 2014, ROJ: 3586/2014 que incluso describe otras figuras adicionales como la entidad liquidadora o en el caso de valores extranjeros, el rol de los subcustodios.

Partiendo de la anterior distinción de contratos, y considerando que la legitimación es el concepto que en el proceso sirve para determinar, en relación con una pretensión determinada, quién o quiénes pueden ejercitarla (legitimación activa) y frente a quién o quiénes tiene que producirse (legitimación pasiva) ex artículo 10 de la LEC, CAIXABANK carece doblemente de legitimación pasiva respecto de la reclamación formulada de contrario.

Y es que originariamente no intervino siquiera en la ejecución de la compraventa del valor, relación jurídica de tracto único que quedó consumada y extinguida en tracto único.

Incluso aunque se le considerara sobrevenidamente incorporada a la responsabilidad eventualmente incurrida por la inicial y única comercializadora del valor (BANKPIME), relación que no fue objeto de cesión, tampoco existiría legitimación pasiva de una comercializadora para responder por la anulación de una compraventa de valores.

Como ya hemos señalado, BANKPIME actuó como mero intermediario en la operación de suscripción de bonos FERGO AISA, por lo que no puede en ningún caso la

parte actora tratar ahora de hacer responsable a mi mandante de las obligaciones que corresponden al vendedor-emisor de los bonos adquiridos por la misma.

Deben diferenciarse claramente a estos efectos las distintas partes y relaciones contractuales que surgieron a partir del negocio de compraventa de los bonos.

En este tipo de negocios jurídicos intervienen distintas partes y surgen, en consecuencia, diversas relaciones jurídicas entre las mismas. Ha de diferenciarse así entre la vendedora, la compradora y, la intermediaria.

En primer lugar se encuentran la entidad emisora de los bonos objeto del contrato (FERGO AISA) las cuales actúan como vendedoras asumiendo en consecuencia las obligaciones correspondientes a la venta.

En segundo lugar, debe diferenciarse claramente la figura del vendedor con la del intermediario financiero, posición asumida por BANKPIME, cuya función es la de poner en contacto a la parte vendedora y a la compradora, sin asumir más obligaciones de las que estrictamente surjan de tal mediación.

Por último, debernos hacer mención a la figura del comprador (asumida por los demandantes) que suscribió el contrato adquiriendo los bonos emitidos por la vendedora.

Deben quedar perfectamente claras las dos relaciones jurídicas que surgen entre las tres partes que son, en primer, lugar la relación correspondiente al negocio jurídico de compraventa y, en segundo lugar, la relación de intermediación financiera.

En la primera, relación que se impugna de adverso, las partes que intervienen en la misma son la compradora (los demandantes) y la vendedora (FERGO AISA), sin que en ningún caso tome parte de la misma BANKPIME.

La única participación que tiene BANKPIME es en el seno del negocio jurídico de intermediación financiera, actuando como intermediaria entre la compradora y vendedora, por lo que las únicas obligaciones que se le pueden imputar a la entidad son aquellas derivadas de ésta relación jurídica.

B) La administración y depósito de los títulos.

Ya hemos visto que BANKPIME no fue parte de la compraventa, el contrato suscrito entre la parte actora y BANKPIME es un contrato de depositaria y administración de valores, el cual sí fue traspasado a mí representada en el seno de la compraventa de negocio con fecha de 29 de septiembre de 2011.

Como consecuencia, queda patente que la única relación que mantiene a día de hoy la demandante con mi representada es la relativa al depósito de los bonos titularidad de aquella, siendo la única obligación de mi mandante en este sentido la de custodiar los productos objeto del procedimiento, cobrando la correspondiente cantidad por este servicio.

Debe repararse aquí en que de adverso no se alega incumplimiento alguno de los deberes inherentes a la relación de custodia de valores, titularidad de la demandante, por lo que, al ser esta la única relación vigente entre las partes, no hay nada que se pueda reclamar a mi representada.

Por todo lo señalado anteriormente respecto a la mera adquisición de ciertos activos y pasivos por parte de CAIXABANK a BANKPIME, y dado que de adverso no se alega incumplimiento alguno de los deberes inherentes a la relación de custodia de valores, hoy depositados en CAIXABANK y titularidad de la demandante, entendemos que no podrá estimarse la existencia de fundamento alguno para declarar responsabilidad contractual alguna de CAIXABANK.

Por tanto y, a modo de conclusión, invocamos el artículo 10 LEC que establece que:

"Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan r actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.

Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular" (Énfasis añadido).

De conformidad con este precepto, CAIXABANK no cumple las cualidades necesarias para ser parte.

En primer lugar, porque, a diferencia de lo que afirma el juzgador en la Sentencia impugnada, no es ni ha sido sucesora de BANKPYME, puesto que en el contrato de compraventa entre ésta y mi principal se excluyeron los pasivos contingentes "tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que puedan derivarse de la actividad del Vendedor pasada o futura".

En segundo lugar, BANKPYME y, con mayor motivo, CAIXABANK, carecen de legitimación pasiva por no ser parte en el negocio jurídico de adquisición de bonos cuya nulidad o subsidiaria resolución se pretende.

De conformidad con lo establecido en el artículo 1302 CC:

"Pueden ejercitar la acción de nulidad los obligados principal y subsidiariamente en virtud de ellos".

Y, obviamente, solo pueden ejercitar la acción contra la otra parte del negocio jurídico cuya nulidad se pretende. En este caso, los valores objeto de este procedimiento fueron emitidos por un tercero; FERGO AISA.

El principio de relatividad de los contratos, recogido en el artículo 1257 CC según el cual:

"Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan v sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto o por disposición de la ley

Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada."

Así lo viene reconociendo también nuestra Jurisprudencia, destacando las siguientes resoluciones del Tribunal Supremo: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 15 de marzo de 1994, rec. 643/1991 (LA LEY 13817/1994), Fundamento de Derecho Tercero; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de marzo de 2012, rec. 834/2008 (LA LEY 46522/2012), Fundamento de Derecho Segundo; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 5 de marzo de 1992 (11J 1992\2162).

Por todo lo expuesto, a absoluta falta de legitimidad pasiva de CAIXABANK, tanto desde una perspectiva puramente formal, pues no ha habido sucesión universal de CAIXABANK en la posición de BANKPYME; como desde un punto de vista material, dado que BANKPYME ejercía una actividad de mera intermediación, por lo que no era parte del negocio jurídico cuya nulidad pretende la actora, deriva en que jurídicamente sea imposible estimar la acción de nulidad si se ejercita contra mi mandante, por no ser ésta, ni emisora, ni adquirente de las mismas.

SEGUNDA.- CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD EJERCITADA POR LA ACTORA

Resulta aplicable en este sentido el artículo 1.301 de Código Civil, el cual dispone que la misma durará cuatro años, plazo que empezará a correr en los casos en los que exista error, dolo o falsedad de la causa, desde el momento de la consumación del contrato.

Como veremos, la acción ejercitada de adverso ha caducado, haciendo que deba desestimarse así la pretensión de la parte recurrida.

La Sentencia que hoy impugnamos establece, que el dies a quo para computar el plazo de caducidad de la acción, según el Tribunal Supremo, ha de ser el momento de vencimiento de los productos, lo que en el caso que nos ocupa sería el 14 de agosto de 2011, razón por la cual considera que en el momento de la interposición de la demanda la acción ejercitada de contrario no estaba caducada.

Esto choca frontalmente con los hechos verdaderamente ocurridos y juega en contra a la doctrina de actos propios (puesto que el actor durante el tiempo en el que percibió los dividendos de Fergo Aisa nada dijo acerca del desconocimiento del producto contratado, y de no haber dejado de percibirlos jamás hubiese reclamado la nulidad del contrato por desconocimiento de lo que había suscrito). No se trata pues, más que de un nuevo caso, de los numerosos a los que se enfrenta mi mandante en la actualidad, del afán de la justicia de dilapidar los intereses de las entidades financieras, defendiendo a ultranza y sin sentido a los consumidores, aun cuando para ello hay que utilizar fórmulas que carecen de todo sentido y fundamento jurídico.

Según el Juzgador de instancia, en el caso analizado el actor resulta conocedor de las gravedad y alcance de la situación de los adquirentes de bonos con la recepción de la carta enviada en noviembre de 2011 por la Comisaria del Sindicato de Bonistas de AISA, aportada como documento nº 7 y, habiéndose interpuesto la demanda con fecha 31 de julio de 2014, resulta indiscutible la temporánea acción deducida.

Sin embargo, nuestro Alto Tribunal establece en su Sentencia núm. 569/2003, de 11 de junio entendiendo como tal, por establecer que se trata de un contrato de tracto sucesivo, el momento en el que el mismo ha sido satisfecho por completo.

Sin embargo, debemos tener claro que no estamos ante un contrato de tracto sucesivo, sino que tanto en el caso de los bonos suscritos por los hoy actores, se trata de contratos de tracto único, que quedan consumados con el pago del precio y la adquisición de valor, y que se presenta materialmente como una compra "ciega" donde el comprador no conoce ni tiene nunca frente a él al emisor, o al inversor que le transmiten el valor que recibe a cambio del precio, dadas las particulares características del mercado de valores.

Así, es abundante la jurisprudencia que contradice las afirmaciones del juzgador de instancia e identifica como fecha a partir de la cual debe comenzar a contar el plazo de caducidad, la fecha de emisión de la Orden de Compra:

Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4ª) Sentencia núm. 209/2013 de 10 mayo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 21 de 26 de julio de 2011 (JUR 20111369474), Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4ª) Sentencia núm. 146/2(112 de 30 marzo

En el caso que nos ocupa, entre BANKPYME y la actora existe un contrato de intermediación y depósito (ahora adquirido por CA1XABANK), entendiéndose que este contrato se perfeccionó en el momento que se suscribieron las órdenes de compra de los valores; esto es, en julio de 2006.

Habida cuenta de todo lo anterior, cabe resaltar que la acción instada de contrario frente a mi principal ha caducado, por cuanto la consumación de la operación de compra de los productos financieros consistente en BONOS AISA se realizó el 20 de julio de 2006, han transcurrido ya más de cuatro años desde la suspensión de la liquidación de beneficios o devengo de intereses, puesto que la demanda se interpone el 4 de septiembre de 2014.

Pero aun en el hipotético caso de que no fuese aceptado el criterio de la fecha de suscripción de la Orden de Compra como inicio del cómputo del plazo de caducidad de la

acción de nulidad, ha de considerarse que, en ningún caso, cabría admitir la interpretación del Juzgador de primera instancia por el motivo que se expone a continuación.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, en su recentísima Sentencia de 12 de enero de 2015 dictada en el contexto de los contratos bancarios, se ha pronunciado estableciendo como (dies a quo en el cómputo del plazo de caducidad de la acción de nulidad, el momento en que el cliente haya podido tener conocimiento del error o dolo:

Tribunal Supremo Sentencia de 2 de enero de 2015 (ROJ: STS 254/2015):

En el caso que nos ocupa, los beneficios se dejaron de percibir por la actora en 2009. Por ello, no se podría afirmar, de ninguna de las maneras, que la acción de nulidad ejercitada por los demandantes no ha caducado pues el criterio establecido por el Tribunal Supremo en su jurisprudencia más reciente sostiene lo contrario.

TERCERA.- IMPUGNACIÓN DE LAS ÓRDENES DE TRANSFERENCIA DE VALORES

La Sentencia recurrida ha estimado la pretensión de la actora sin tomar en consideración ni pronunciarse expresamente sobre este punto. Como exponíamos en la contestación a la demanda, la compraventa de valores que se formaliza tras una orden de transferencia del valor en cuestión, no puede ser objeto de impugnación o anulación "por ninguna causa".

Las órdenes de transferencia de valores, una vez cursadas, son irrevocables y por ello no cabe posibilidad legal de estimar la pretensión deducida.

Así lo dispone taxativa e inequívocamente el artículo 11 de la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores, así como el artículo 3 de la Directiva 98/26/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo.

Respecto a esta cuestión, resulta sumamente ilustrativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª, de 6 de abril de 2011(A C 2011/1914).

CUARTA.- INEXISTENCIA DE VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR DOLO O ERROR

Conforme al artículo 1.261 del Código Civil, no hay contrato sino cuando concurren los requisitos de consentimiento, objeto y causa. Huelga decir que ninguno de estos tres requisitos concurren entre mi mandante y el actor en relación a la compra de los bonos objeto del presente contrato, por cuanto mi mandante no es la vendedora de los títulos vendidos., no existiendo ni consentimiento para la venta, ni causa que fundamente la misma.

En lo referente al error en el consentimiento, la Sentencia recurrida tampoco se pronuncia al respecto, volviendo a hacer caso omiso a las pretensiones formuladas por esta parte, defendiendo las alegaciones de la parte actora aun sin fundamentar su decisión.

Por esta razón, esta parte vuelve a fundamentar las razones por las que no ha existido vicio del consentimiento alguno en la contratación de los bonos Fergo Aisa que se llevó a cabo por D. Pedro Alonso en el mes de julio de 2006.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 10 de julio de 2009 (AC 2009/1852). En ella, y aunque se trata de un contrato de permuta financiera, la parte actora igualmente solicitaba la anulación del mismo, invocando error en el consentimiento cuando firmó el contrato, al desconocer los efectos jurídicos y económicos del mismo. Y señala que para que el error, como vicio del consentimiento pueda dar lugar a la nulidad del contrato, es necesario que sea excusable, es decir, que no sea imputable a quién lo padece por cuanto que pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, Continúa señalando que la función básica del requisito de la

excusabilidad, es impedir que el ordenamiento proteja a quién ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente.

Sentencia del Juzgado de primera Instancia nº 37 de Barcelona, de fecha 8 de febrero de 2011, Alegándose igualmente por los actores la nulidad del contrato, por no poder leer ni estudiar el mismo, se señala que si bien por la no lectura ni estudio el inversor se pudo formar una idea equivocada del contrato, dicho error sólo a ellos les es imputable, porque nada les impedía leerlo y estudiarlo y por ello, si incurrió en error, dicho error no puede considerarse excusable, sino todo lo contrario, y en consecuencia, no puede comportar la nulidad del contrato.

Además, resulta inverosímil que la actora no fuera consciente que suscribía bonos emitidos por FERGO AISA, los cuales, como todo producto financiero conllevan la posibilidad de obtener una mayor rentabilidad que con otros productos bancarios, como pueden ser los depósitos, pero asumiendo también un mayor riesgo. En este sentido, resulta muy ilustrativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25) de 15 de Julio de 2011 (JUR 2011\308613):

Por último, si extrapolamos las exigencias requeridas para considerar que hay error, resulta incontestable que no se cumplen tales requisitos, por cuanto no es excusable. En efecto, aún en el hipotético supuesto de que pudiera admitirse que hubo error, éste pudo haberse evitado con un mínimo de diligencia buscando un asesoramiento necesario antes de efectuar la inversión, de no hacerlo, debe pechar con las consecuencias de su desidia.

Un claro exponente de todo ello lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2004 (RJ 2004/6900).

Asimismo, también se exige por los Tribunales una cumplida prueba por parte de quien alega el error aplicándose un criterio muy restrictivo y excepcional en cuanto a su apreciación. Esta doctrina la recoge, entre muchas otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2004.

QUINTA.-INEXISTENTE FALTA DE INFORMACIÓN

Respecto a la acción de nulidad por error en el consentimiento, en base a la falta de información, invocada por la actora de forma subsidiaria, y que en su caso correspondería a BANKPIME y no a CAIXABANK, deben tenerse presentes el artículo 1124 CC, así como, el artículo 1303 CC respecto a la devolución de las prestaciones, el cual no sólo es aplicable al supuesto de declaración de nulidad de una obligación, sino también en el caso de resolución, conforme a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, la STS 957/2006, de 6 de octubre (R.112007\701))_

SEXTA.- EJERCICIO DE LAS PRETENSIONES DE LA ACTORA AL MARGEN DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE BANKPYME

Como ya se ha adelantado, aun cuando esta Ilma. Audiencia estimase la responsabilidad de BANKPYME por las acciones ejercitadas de adverso, lo cual se formula a los meros efectos dialécticos, y para exhaustividad de nuestra defensa, en modo alguno procedería la condena a mi mandante al pago en los términos que plantea la Sentencia recurrida.

Antes al contrario, el eventual derecho de los actores al cobro de las cantidades reconocidas en la Sentencia que se recurre, daría lugar al nacimiento de un crédito concursal frente a BANKPYME, si se repara en que de acuerdo con nuestra mejor jurisprudencia, el nacimiento del crédito y su naturaleza se determinan atendiendo Al momento mismo del supuesto incumplimiento, que se identifica con la cesación el pago de los cupones, lo que en el caso que nos ocupa tuvo lugar en el año 2008 las entidades financieras y 2009 la mercantil FERGO AISA.

Debemos concluir, por tanto, que se trataría de créditos de carácter concursal, puesto que las cantidades reclamadas no pueden incardinarse en ninguno de los supuestos de créditos contra la masa del artículo 84.2 LC.

Dicho lo anterior, el crédito debiera haber llevado la calificación de crédito ordinario, por no ser crédito contra la masa, ni crédito privilegiado general o especial. Así lo determina el artículo 89.3 de la LC.

No obstante, debe tenerse en cuenta la circunstancia de que el crédito que hoy se reclama nunca se insinuó, ni se reclamó dentro del concurso, aun cuando los supuestos incumplimientos existirían con anterioridad a la declaración de BANKPYME en concurso de acreedores.

El artículo 92.1 LC sanciona las .comunicaciones tardías con la subordinación del crédito. Obviamente, el precepto se refiere a la comunicación tardía (dentro del concurso) y a la impugnación de la Lista de Acreedores por créditos no reconocidos, cuanto más en el supuesto de comunicación (o demanda) en fase de Liquidación, como el que hoy nos ocupa. Indiscutiblemente, siendo la conducta anterior sancionable con la subordinación, carecería de todo sentido privilegiar con una mejor posición al acreedor que ni siquiera (aunque de forma intempestiva) comunicó su crédito ni impugnó la lista, evitando los rigores de concurso, burlando la Jurisdicción exclusiva del Juez del concurso conforme al artículo 8 de la Ley Concursal y, en definitiva, defraudando al resto de acreedores concursales.

Es más, la más moderna y acertada doctrina jurisprudencial, lleva algún tiempo perfilando un criterio en cuya virtud, efectivamente, los casos de no comunicación de créditos (en particular, no comunicación ni impugnación de la Lista antes de finalizar el plazo de presentación del Informe de la Administración Concursal) no entrarían en el ámbito objetivo del artículo 92.1 LC. No obstante, esto no ha de significar que dichos créditos conserven su carácter ordinario, sino más bien al contrario, que deben quedar excluidos de forma definitiva.

En efecto, a partir del momento en que el crédito ya no puede ser comunicado, ni siquiera por vía de impugnación de la lista. Toda posterior actividad a este respecto debe ser considerada como "comunicación extemporánea, y por ello sin ninguna virtualidad en sede concursal, de manera que el crédito desaparece y el acreedor pierde su derecho a ser reintegrado con cargo a la masa activa" (SJMER Madrid 5, 17.12.2008, AC 2009, 261).

Numerosas Audiencias Provinciales comparten esta doctrina: Auto AP Madrid 29.2.2008, AC 2008/668; SAP Coruña 12.2.2008, AC 2008/840; SAP Jaén, seco. I", 1.2.2010, JUR 2010/186160; SAP Madrid de 22 febrero 2007, JUR 2007/151911; SAP Málaga (Sección 6") de 24 noviembre, JUR 2010/140243.

Si la actora (ahora recurrida) no comunicó su derecho de crédito antes de finalizar el plazo de la Administración Concursal para la entrega del Informe, éste se perderá, y junto con él, todo derecho del acreedor a ser reintegrado en las cantidades que se reclamen y que debieron haber sido objeto de su oportuna comunicación. Lo cual, debe ser puesto en relación con lo que a continuación se dirá sobre el ejercicio abusivamente tardío de la acción que se esgrime en esta demanda.

La Sentencia recurrida no ha reparado en el hecho de que la conducta de la demandante pretende obtener un resultado prohibido mediante una estrategia procesal en fraude de ley (art. 6.4 C.C.).

La actora, conociendo que en el mejor de los casos para ella titularía un crédito concursal contra BANKPYME, dejó de cumplir la carga de la comunicación concursal de su crédito en el plazo que marca la Ley, y mediante su inactividad, además de confirmar la falta de legitimación pasiva de mi representada, pretendió sustraerse a los efectos del

concurso creándose de facto una especie de "superprivilegio" para un crédito que, de haberse discutido y litigado ante el juez del concurso, merecería la condición de subordinado, por tardío, o, en el mejor de los casos, ordinario.

Este ejercicio abusivo de derechos que la actora pretende consumir determina la inaplicación del artículo 60.1 de la LC, a cuyo tenor "desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración",

Si los créditos ordinarios, omitidos o no incluidos por cualquier causa en el pasivo concursal no resultaran afectados por el Convenio por tal motivo, y pudiera erigirse de inmediato su pago íntegro al deudor por el solo hecho de la no inclusión en la lista definitiva, ello equivaldría en la práctica a reconocer a sus titulares los efectos propios de un privilegio, a pesar de que la Ley no se lo concede, resultando así privilegiados por la exclusión.

Con ello "se burlaría el principio fundamental de la igualdad de trato a todos los acreedores por créditos ordinarios anteriores, y se abriría una vía para el fraude, pues bastaría la no inclusión de un crédito por él deudor o por el acreedor para que tal crédito resultara privilegiado y pudiera cobrarlo íntegramente en perjuicio de los demás acreedores ordinarios". Este argumento se contiene en las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1934, 30 de mayo de 1959, 4 de julio de 1966 y 5 de enero de 1997" (FERNANDO REVILLA, ("El fraude a los principios concursales. El caso de los créditos ordinarios no incluidos en el pasivo", ADCO 2006, nº 9, pág. 215).

Pero es que incluso en el supuesto de que un órgano judicial distinto del Juez del concurso declarase la existencia de un crédito que no fue comunicado debidamente en el procedimiento concursal, dicho crédito debería quedar postergado al pago de los acreedores concursales que sí tienen su crédito reconocido en el concurso, incluidos los titulares de créditos subordinados. Subsidiariamente a cuanto hasta aquí se ha expuesto, y teniendo en cuenta la naturaleza concursal del crédito de la actora en el concurso de BANKPIME, se estaría comunicando de manera tardía, lo que, como se ha dicho, el artículo 92.1 de la LC sanciona con la subordinación del crédito.

TERCERO.- La legitimación (I)

La legitimación, es una cuestión de fondo cuyo examen es previo e inmediatamente anterior a la decisión final. Como tal jamás puede ser considerada una excepción dilatoria que deba ser resuelta en la audiencia preliminar ni provocar el sobreseimiento de los autos, y su estimación en fase de audiencia previa es incorrecta en cuanto se prejuzga o deja imprejuzgado el fondo del asunto. Tan es así que no está prevista en el catálogo de excepciones procesales del Art.416 L.E.C.

La doctrina procesal entiende a por legitimación la cualidad de un sujeto jurídico consistente en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada bien desde el lado del crédito y exigencia del derecho, bien desde el lado de la pasivo de la exigencia de la obligación -cumplimiento de la prestación-

Asimismo, se ha afirmado que el poder de conducir el proceso se considera derivación procesal del poder de disposición del derecho civil, de suerte que, en principio, legitimados como partes lo están los sujetos de la relación jurídica deducida en juicio; es decir, el que tiene el derecho tiene, como secuela, la facultad de disponer de él y el ejercitarlo en juicio no es sino hacer uso de ese poder. La legitimación no es, pues, un presupuesto del proceso ni una cuestión previa de forma, es de fondo; de estimación o desestimación de la demanda. Con arreglo a estas ideas hemos examinado los autos, y estamos conformes con el Juez de Instancia.

Partimos de la idea de que la legitimación por sucesión universal, típica de la fusión por absorción como quiere el actor, no es posible con el fundamento que esgrime, ya que las afirmaciones en un sentido y en su contrario contenidas en el f.53 Tomo I y f.486 Tomo II desmontan esa justificación. Son resoluciones administrativas, por las que BANKPIME cesa en la labor cooperadora con la Seguridad Social, y por la que se autoriza la transmisión del negocio bancario a CAIXABANK. Son contradictorias entre sí, e impropias e inútiles para dar por probada la sucesión universal.

Además hay otro dato adicional, la fusión por absorción exige una serie de requisitos, que no se observan en este caso, en el que solo hay una escritura de venta del negocio bancario de BANKPIME.

Lo que ocurre es que esa venta global de activos se parece más a la escisión parcial, o a una segregación atípica, fuera de las exigencias de los Arts.70 y 71 de la Ley de 3/2009 de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, pues de hecho se segrega y vende el negocio bancario de BANKPIME, que deja de ser banco para ser otro tipo de sociedad, sin cumplir los requisitos exigidos por los Arts. 73 y ss. de la Ley de 3/2009.

Desde esta perspectiva, amén de otras consideraciones sobre el fraude de ley, la elección del medio para adquirir el negocio bancario sin pasar por las figuras típicas de fusión, escisión, o segregación de sociedades no puede perjudicar al actor, máxime cuando la calculada ambigüedad en la exclusión de pasivos, absolutamente indefinidos, supone que el adquirente puede dejar a su arbitrio, y en perjuicio de acreedores, la responsabilidad derivada de esos pasivos, que permanecen en una sociedad que ya no es banco, y de dudosa solvencia.

Por último, interesa destacar que entre lo adquirido figuraban “los activos y pasivos que conforman el negocio bancario, incluyendo la intermediación de valores, depositaría y custodia, así como su gestora de fondos” y lo adquirido por el actor era un producto de inversión aconsejado por BANKPIME que no era ni más ni menos que un producto de renta fija privada.

Según la CNMV, los productos de renta fija privada son valores emitidos por las empresas, que reconocen una deuda para la entidad emisora y que cotizan en mercados AIAF.

En este caso, lo emitido eran bonos u obligaciones simples, que dicho sea de paso no tenían especial calificación crediticia: la nota de valores dice que no se ha hecho ninguna evaluación del riesgo de los valores por entidad calificadora alguna, representan una parte proporcional de un préstamo, con obligación de restituir a su vencimiento, con retribución a sus titulares a través de un interés fijo o variable, en este caso fijo del 5%, con pacto de recompra por parte de BANKPIME.

CUARTO.- La legitimación (II)

Siguiendo con la legitimación, es preciso ahondar en la teoría de los actos propios en doble dirección.

Por un lado desde las noticias en prensa, alguna especializada F. 55, 56, 58, 59, que hacían pensar en la sucesión universal, y por otro desde las cartas cursadas al actor tanto por CAIXABANK como por BANKPIME, que llevaban a la misma conclusión, F 63, 65, 67, 69 y 71.

En ese sentido se pronuncian las sentencias de la Sección 10ª de esta Audiencia de 14-9-2016 y 7-12-2016: al decir: “*Sin embargo, las noticias e informaciones que aparecen en prensa ponen de manifiesto que se ha producido una sucesión universal entre ambas entidades, que ninguna de ellas desmintió. Así, Capital Madrid. com se hace*

eco de la noticia en los siguientes términos: "El banco de "La Caixa" se quedará con el negocio financiero de la entidad" (refiriéndose a BANKPIME), añadiendo que " BANKPIME se lo pone fácil a sus accionistas minoritarios ante su absorción por CaixaBank". Otra publicación puntualiza que "Caixabank" ha llegado a un acuerdo con el Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, BANKPIME, para adquirir la totalidad de su actual negocio bancario y de gestión de fondos. El Periódico.com indica que "La Caixa ultima la absorción del banco catalán " BANKPIME ".

Como hemos dicho anteriormente, las entidades afectadas no desmienten dichas informaciones sino que corroboran las mismas, concretamente " BANKPIME " remite una carta a todos sus clientes con el siguiente contenido: "Como ya conocerá a través de los medios de comunicación, nuestra entidad ha llegado a un acuerdo con Caixabank para transmitirle su negocio bancario, que incluye, principalmente, nuestra cartera de préstamos y depósitos de la clientela, nuestras oficinas y la gestora de fondos de inversión"; también "La Caixa" les dirige una comunicación en el mismo sentido: "como fase final de proceso de incorporación a nuestra entidad del negocio bancario de BANKPIME , vamos a proceder a la integración del equipo humano y los medios técnicos de su oficina habitual dentro de la red de oficinas de "La Caixa".

En definitiva, tanto " BANKPIME " como "Caixabank" transmitieron e hicieron creer a los clientes de la primera entidad y, concretamente, a la parte actora, que se había producido una sucesión universal, consecuencia de una absorción, transmitiéndose la totalidad de las obligaciones inicialmente asumidas por " BANKPIME " a "Caixabank"; no pudiendo ahora la demandada contravenir sus propios actos, en perjuicio de la parte actora.

Con los hechos expuestos, podemos llegar a los propios actos, que exigen la repetición de actos biunívocos que indican la forma de entender y cumplir un contrato o la relación jurídica existente entre los litigantes, con intención de causar estado, y modificar lo preexistente que, en lo sucesivo, se registrará por lo que resulte de esos actos concluyentes; son el método de integración de un contrato vivo o de una relación jurídica de otro tipo a falta de pacto, o de sustitución de los convenios originarios.

Esa conducta es la que rige el devenir de la relación jurídica hasta su extinción, sin que la parte que los desarrolla pueda apartarse de ellos al ser aceptado por la contraria. Su olvido va en contra de todas las prevenciones de la buena fe en general del Art.7 C. C. y en particular del Art. 1258 C. C., más la que imponga en cada caso concreto la relación de que se trate.

El criterio expuesto es coherente con la S.T.S de 20-12-2007 que caracteriza los propios actos: "Como una manifestación del principio general de buena fe, límite del ejercicio de los derechos subjetivos derivado de la exigibilidad de actuaciones conformes con un modelo o estándar de conducta admisible, la jurisprudencia protege, mediante la regla invocada en el motivo, la confianza en la apariencia de coherencia ajena que, fundadamente, pueda generar un comportamiento trascendente. Como señala la sentencia de 10 de mayo de 2.004, la regla que prohíbe el "venire contra actum proprium", emanada de la cláusula general de buena fe, sirve para impedir que se dé el valor jurídico que en otro caso tendría a un comportamiento determinado por ser contradictorio con otro anterior del mismo sujeto, a fin de proteger la confianza que la conducta previa generó fundadamente en la otra parte de la relación en que la futura sería coherente con la anteriormente llevada a cabo".

Por su parte la Sección 20ª de esta Audiencia en sus sentencias de fecha 25-4-2016 y 30-12-2016, también se pronunciaba sobre ese particular diciendo: "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. Debe señalarse que la entidad BANKPIME causó baja en fecha 23 de noviembre de 2012 en el Registro de Bancos y Banqueros del Banco de España, tal como informó dicha institución al contestar al oficio remitido por el Juzgado de Primera Instancia, obrando dicho documento al folio 478 de los autos y que la entidad IPME 2012 SA ha sido declarada en concurso necesario de acreedores, si bien tal circunstancia carece de trascendencia a los efectos del presente recurso, pues el rechazo de la falta de legitimación pasiva de la demandada BANKCAIXA se sustenta en los razonamientos que a continuación se pasan a exponer:

CAIXABANK, S.A. tiene efectivamente legitimación pasiva de fondo en este litigio, conforme señala el 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 los demandantes, respecto de los contratos celebrados por éstos con la citada BANKPYME, 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 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.

Porque, en efecto, es destacable que 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". Pues bien, es importante resaltar que 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.

Ahora bien, la figura de 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.

Como ya se ha expuesto y expresamente se establece 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.

Pues bien, 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.

Se ha adelantado ya que la cesión contractual ha sido admitida por la jurisprudencia y buen ejemplo de ello es la 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 concurran en el negocio jurídico en que ésta consiste las tres partes, esto es, cedente, cesionarias y el cocontratantes 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".

En nuestro caso, consta que 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.

Para terminar con este punto debe advertirse que no es de aplicación 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, 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 solo 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 BANKPYME 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 distinga 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".

QUINTO.- La legitimación (III). El intermediario

No compartimos las alegaciones de que BANKPIME fue un mero intermediario en la adquisición de los valores que nos ocupan.

La LMV no define la comercialización, y para diferenciar los servicios de comercialización y asesoramiento financiero, se recurre al criterio del objetivo del servicio que presta la entidad financiera y la forma en que lo hace.

La comercialización es la venta pura y simple del producto, con información objetiva sobre sus características, pero sin que sea preciso tener en cuenta la situación financiera, ni los objetivos de inversión del cliente.

El asesoramiento supone un paso más; la recomendación del producto más apropiado para el cliente, con información personalizada que supone conocimiento profundo de los clientes.

En este sentido, las Directivas comunitarias MIFID, y el artículo 63.1 (g) de la LMV señalan expresamente que no se considerará asesoramiento financiero las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros, indicando que dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial.

En este caso no se trata de una mera oferta de valores por un intermediario cualquiera entre los reconocidos para actuar en el mercado, ya que en la nota de valores registrada en la C.N.M.V.se dice: “

5.4.2. Nombre y dirección de cualquier Agente de Pagos y de las entidades depositarias en cada país (negrita es del original)

El servicio financiero será atendido por Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A con domicilio en Travessera de Gràcia, 11 08021 Barcelona.

5.4.3. Nombre y dirección de las entidades que acuerdan asegurar la emisión con un compromiso firme, y detalles de las entidades que acuerdan colocar la emisión sin compromiso firme o con acuerdo de "mejores esfuerzos". Indicación de las características importantes de los acuerdos, incluidas las cuotas. En los casos en que no se suscriba toda la emisión, declaración de la parte no cubierta. Indicación del importe global de la comisión de suscripción y de la comisión de colocación. Entidades Colocadoras Nombre de la Entidad Domicilio Número de valores que colocan (negrita es del original)

Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A Travessera de Gràcia, 11 08021 Barcelona. La entidad hará sus mejores esfuerzos por conseguir la más amplia difusión de los valores La comisión de colocación y agencia asciende a 500.000 euros.

Las características principales del Contrato de Colocación son las siguientes: **Funciones de la Entidad Colocadora:** (negrita es del original) El BANCO procederá a la colocación, entre los inversores en general, de los bonos emitidos conforme el folleto de emisión, a cuyo efecto utilizará sus medios habituales de distribución.

El BANCO no asume la obligación de anticipar fondos, por lo que en ningún caso debe entenderse el presente convenio como compromiso de financiación.

El convenio de colocación entre la entidad emisora y el BANCO no puede dar lugar a la interpretación de que el BANCO garantiza el buen fin de los bonos, ya que se emiten bajo la única y exclusiva responsabilidad y solvencia del EMISOR.

El BANCO gestionará directa o indirectamente la inclusión de los valores emitidos en el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores (en adelante IBERCLEAR) así como la llevanza del registro contable de detalle de cada titular con el saldo de valores que le pertenecen y que están depositados en el BANCO.

El BANCO mantendrá permanentemente actualizado un "Registro de Terceros" correspondiente a los suscriptores de la emisión que tengan depositados sus valores en el BANCO.

El BANCO percibirá una remuneración del 2% sobre el importe efectivo de los bonos colocados en concepto de las funciones realizadas como Agente Colocador y Entidad Agente de la emisión.

El contrato de colocación tendrá la misma vigencia que la emisión de Bonos AISA Agosto 2006.

Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A con domicilio en Travessera de Gràcia, 11 08021 Barcelona actuará como Entidad Agente en la Oferta descrita en la presente Nota de Valores”.

El texto reproducido nos dice que la labor de BANKPIME no era la de un simple intermediario. Era mucho más amplia y con tres peculiaridades adicionales. La primera, las jugosas comisiones de colocación.

La segunda, el evidente conflicto de intereses que reside detrás de la operación. A la fecha de la emisión de los bonos, Agrupación Mutua tenía el 25,13% de BANKPIME, y el 15% de Aisa.

La tercera el pacto incumplido de recompra.

A las notas anteriores debemos unir una más. El artículo 63.1,g), ya citado, respecto a los servicios que pueden prestar las empresas que ofrecen servicios de inversión, establece: "El asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no

personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial".

Por su parte, La GUIA DE ACTUACIÓN PARA EL ANÁLISIS DE LA CONVENIENCIA Y LA IDONEIDAD editada por la C.N.M.V., en fecha 17-6-2010. Dice: "Según el considerando 30 de la Directiva 2004/39 debe considerarse que todo servicio se presta a iniciativa del cliente, salvo que el cliente lo solicite en respuesta a una comunicación personalizada, dirigida a ese cliente en concreto, que contenga una invitación o pretenda influir en el cliente con respecto a un instrumento financiero específico o una operación específica. En ese mismo considerando se indica que un servicio puede considerarse prestado a iniciativa del cliente a pesar de que el cliente lo solicite basándose en cualquier tipo de comunicación que contenga una promoción y oferta de instrumentos financieros, siempre que por su propia naturaleza sea general y esté dirigida al público o a un grupo o categoría de clientes o posibles clientes más amplio. Por su parte la Comisión Europea en el documento "Your questions on Mifid", concretamente en la pregunta Nº 72 trata específicamente esta cuestión y establece que cuando hay un claro contacto personal entre el cliente y la entidad en relación con el producto, resulta difícil argumentar que el servicio se presta a iniciativa del cliente especialmente si es la entidad la que se ha dirigido previamente al mismo". Y continúa: "Se puede considerar que existe una comunicación personalizada y que el servicio se presta a iniciativa de la entidad cuando se establece contacto directo y personal con el cliente, por cualquier medio, y dicha comunicación contiene una invitación o pretende influir en el cliente con respecto a un instrumento financiero específico o a una operación específica. A partir de la experiencia supervisora de la CNMV, se ha observado que en canales de distribución como la red de sucursales o, en algunos casos, en el canal telefónico (en concreto cuando el cliente es atendido por un operador que le ha llamado), resulta más habitual que la iniciativa parta de la entidad. En otros canales como internet, en el que en muchas ocasiones no se produce ningún contacto personal con el cliente, resulta mucho más frecuente que la iniciativa sea del cliente".

Con arreglo a estas ideas, parece que la actuación de BANKPIME no era la de un vulgar intermediario.

SEXTO.- La caducidad.

Antes de adentrarnos en la caducidad, hay que dejar claro que las únicas excepciones caducables son la de anulabilidad por vicio del consentimiento, pero no las de nulidad absoluta, por infracción de normas imperativas, ni las de resolución por incumplimiento que tendría un plazo de prescripción de 15 años (art. 1.964 del C.C. vigente en la época de los hechos).

Las S.T.S. de 12-1-2.015, y 25-2-2.016, citadas por el recurrente fijan la doctrina a seguir para el computo del día inicial del plazo de caducidad.

La primera declara: "3.- Además de lo expuesto, no es correcta la tesis de las sentencias de instancia en lo relativo al día inicial del plazo del ejercicio de la acción.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1301 del Código Civil, « la acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: En los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato [...] ».

Como primera cuestión, el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato, como sostiene la sentencia del Juzgado de Primera Instancia (y no corrige adecuadamente la de la Audiencia) al afirmar que « la

consumación del contrato vendrá determinada por el concurso de las voluntades de ambos contratantes».

No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio, que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce «la realización de todas las obligaciones» (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), «cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando «se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983).

Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003:

«Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó"».

4.- El diccionario de la Real Academia de la Lengua establece como una de las acepciones del término "consumar" la de «ejecutar o dar cumplimiento a un contrato o a otro acto jurídico». La noción de "consumación del contrato" que se utiliza en el precepto en cuestión ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción.

Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes.

5.- Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a «la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas», tal como establece el art. 3 del Código Civil.

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."

La demanda de instancia considera caducada la acción de nulidad, señalando que el dies a quo para el cómputo del plazo es el 3 y 5 de noviembre de 2009, fechas de las cartas remitidas por las que se efectúa la posibilidad de convertir los bonos en acciones, modificando las condiciones del bono, por lo que a fecha 30 de marzo de 2015 en que se presenta la demanda la acción estaba caducado.

Teniendo en cuenta que la demanda origen del procedimiento fue presentada en esa fecha, es claro que mucho antes de marzo de 2011 los actores ya tuvieron conocimiento de hechos suficientemente relevantes como para poder haber sido conscientes y conocedores de las circunstancias que provocaron el error o el dolo en la formación o prestación de su consentimiento al suscribir las órdenes de compra de los productos financieros objeto del procedimiento, pues en la propia demanda refieren que a partir del año 2008 únicamente fueron abonados en cuenta una quinta parte de los intereses pactados. En idéntico sentido refiere la demanda que por carta de 23 de julio de 2008 (documento 22 de la demanda) se informaba que debido a la paralización del sector inmobiliario ("primera noticia que tienen nuestros mandantes de que los bonos tienen el nombre de una empresa inmobiliaria"), el cupón no iba a ser pagado a los inversores a su vencimiento el 14 de agosto, sino que habría un aplazamiento de pago. A continuación refiere la demanda: "El 14 de agosto de 2008 y como consecuencia del incumplimiento del pago del cupón de intereses vencidos e impagados (...)". Puede que en los contratos de tracto sucesivo, en principio, el plazo de caducidad no deba comenzar a correr sino desde la consumación del contrato, que no desde su perfección, y lo que no ocurrirá hasta que se hubiesen realizado todas las prestaciones derivadas del mismo. Lo que ocurre es que ello sucederá salvo que con anterioridad a ello quien adujese el posible vicio de nulidad

hubiese sido consciente de su existencia. Es obvio que en ese supuesto el plazo de caducidad de cuatro años comenzará a correr desde ese concreto momento.”

Por último, la más reciente de 20-12-2016 mantiene el criterio y dice: “Respecto a la caducidad de la acción y la interpretación a estos efectos del art. 1.301 CC, hemos establecido en sentencias de esta Sala núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015; 376/2015, de 7 de julio; 489/2015, de 16 de septiembre, y 102/2016, de 25 de febrero, que:

«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».

Conforme a dicha jurisprudencia, el comienzo del plazo de ejercicio de la acción de anulación por vicio en el consentimiento no puede computarse, como pretende la parte recurrente, desde que se perfeccionó el contrato de adquisición de las participaciones preferentes y se entregaron los títulos, sino desde que los clientes estuvieron en disposición de conocer los riesgos patrimoniales de la operación, que en este caso consistían en la inexistencia de un mercado efectivo de reventa y la práctica imposibilidad de recuperación de la inversión.

Así las cosas, estimaremos la excepción. El actor adquirió los bonos el 6-6-2006, a su vencimiento, el día 14-8-2011, no se había efectuado la recompra, los intereses del segundo año se abonaron en el tercer año, y según confiesa la demanda a su fecha, en 1-6-2015 se debía el cupón de los tres últimos años. Parece obvio que, desde 2009, ya se tenía información suficiente como para tomar las medidas oportunas.

SEPTIMO- *El incumplimiento. (I)*

Cuando nos hemos enfrentado a productos financieros vendidos masivamente a clientes sin la más mínima formación financiera, caso de autos, hemos mantenido el máximo rigor en las exigencias de la información, y lo hemos hecho desde el punto de vista del derecho de los consumidores, desde las exigencias de las normas europeas, y desde la jurisprudencia del TJUE.

Esa exigencia de pulcritud y exhaustividad de la información viene impuesta desde las normas generales de la contratación, para que pueda cumplirse la libertad de pacto del Art.1255 C.C. en plano de perfecta igualdad entre los contratantes, y excede de la diligencia ordinaria de un buen padre de familia, para situarse en la diligencia profesional de un leal y honesto comerciante; de un honorable banquero.

El segundo nivel de exigencia viene impuesto por la normativa de protección de los consumidores, caso presente, en que la actora suscribe un producto financiero y lo hace bajo el esquema de los contratos de adhesión y sujetos a condiciones generales de contratación.

El tercer nivel de exigencia proviene de la normativa especial sobre las entidades financieras y sus operaciones.

Es cierto que a la hora de la suscripción de los bonos que nos ocupan, no está en vigor la normativa MIFID, pero eso no es inconveniente alguno para mantener un altísimo nivel de exigencia en el derecho de información precontractual.

Esta Sala ha venido exigiendo las recomendaciones de la directiva MIFID por otros caminos. El Art.79 L.M .V. en su redacción original de 1988 decía: "Toda persona o entidad que actúe en un mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberá dar absoluta prioridad al interés de su cliente. Cuando exista conflicto de intereses entre distintos clientes no deberá privilegiar a ninguno de ellos en particular."

En la redacción de 17/11/1998, se modificaba el Art.79 agravando el deber de información ordenando que: "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, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos:

a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado.

b) Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos.

c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios.

d) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone.

e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados."

En la modificación de 23-11-2002 perfilaba más aun el deber de información, diciendo: "1. 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, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos:

a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado.

b) Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos.

c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios.

d) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone.

e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

f) Garantizar la igualdad de trato entre los clientes, evitando primar a unos frente a otros a la hora de distribuir las recomendaciones e informes.

g) Abstenerse de tomar posiciones por cuenta propia en valores o instrumentos financieros sobre los que se esté realizando un análisis específico, desde que se conozcan sus conclusiones hasta que se divulgue la recomendación o informe elaborado al respecto.

Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación cuando la toma de posición tenga su origen en compromisos o derechos adquiridos con anterioridad o en

operaciones de cobertura de dichos compromisos, siempre y cuando la toma de posición no esté basada en el conocimiento de los resultados del informe.

h) Dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste.

Estos principios, en cuanto sean compatibles con la actividad que desarrollan, también serán de aplicación a las personas o entidades que realicen análisis de valores o instrumentos financieros.

2. Con arreglo a lo que establezcan las normas que, con carácter general, regulan la contratación por vía electrónica, se habilita al Ministro de Economía para regular las especialidades de la contratación de servicios de inversión de forma electrónica, garantizando la protección de los legítimos intereses de la clientela y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las empresas de servicios de inversión y su clientela."

La evolución legislativa muestra un progresivo endurecimiento del deber precontractual de información, partiendo de un esquema básico: cuidar los intereses ajenos como si fuesen propios, o lo que es lo mismo; el respeto absoluto por el dinero ajeno.

Dicho de otra manera el deber de información precontractual era desde el principio muy elevado.

Por su parte la S.T.S. de 20-12-2016, aunque en el marco del error en la contratación de participaciones preferentes, desarrolla la doctrina del deber de información precontractual en los siguientes términos: "reiterada jurisprudencia de esta Sala, que en el caso concreto de las participaciones preferentes, viene constituida por las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril; 458/2014, de 8 de septiembre; 489/2015, de 16 de septiembre; 102/2016, de 25 de febrero; 603/2016, de 6 de octubre; 605/2016, de 6 de octubre; 625/2016, de 24 de octubre; y 677/2016, de 16 de noviembre.

Hemos dicho en tales resoluciones que 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. La normativa del mercado de valores, incluida la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID 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.

Como venimos advirtiendo desde la sentencia 460/2014, de 10 de septiembre, las previsiones normativas anteriores a la transposición de la Directiva MiFID eran 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 eran meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tenían el carácter de esenciales, pues se proyectaban 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, vigente en la fecha de las adquisiciones de participaciones preferentes litigiosas, 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 «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, 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, 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»».

Apurando las exigencias del deber de información en relación con el Art. 6.3 C.C., en sentencia de esta Sección de 24-6-2015, y aunque referido a la influencia de su inobservancia en los casos de anulación por error, decíamos: “No podemos aceptar que por ser normativa administrativa la infringida ello no pueda conducir a la declaración de nulidad del contrato suscrito pues como indica la sentencia la S.T.S. De 22-12- 2009 "no es aceptable la afirmación de la parte recurrente en el sentido de que la infracción de normas administrativas no puede dar lugar a la nulidad de un contrato, pues esta Sala, en aplicación del artículo 6.3 CC, invocado como infringido, tiene declarado que cuando, analizando la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez (STS de 25 de septiembre de 2006) y no es obstáculo a la nulidad que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto (STS de 31 de octubre de 2007).

OCTAVO- El incumplimiento. (II)

Con arreglo a las ideas expuestas, podemos concluir que hay incumplimiento grave del deber de información, y bastante como para la resolución del contrato de compra de valores.

Ni los valores ni el emisor estaban calificados por entidades de rating, f.234 vtº, 235, y 235 vtº, la emisión tenía por objeto refinanciar en parte otra emisión anterior, f. 238 vtº. y el examen de la cuenta de pérdidas y ganancias revela una situación financiera delicada de la emisora de los valores, lo que hacía aún más necesaria la información.

En la cuenta de pérdidas y ganancias del f.148 vemos que el resultado de explotación era negativo en menos 721.771,92€, el resultado financiero era igualmente negativo en menos 1.573.718,61€ salvándose el ejercicio con cerca de 40.000€ de ganancia, debido a ingresos extraordinarios de 399.936,11€ y por enajenación de inmovilizados por 1.533.718,61€.

La carga de la prueba del cumplimiento de esos deberes corresponde al demandado, y no la ha completado.

Se le pidió la exhibición de toda la documentación contractual y precontractual de la compra de valores f.500 y 501, y respondió, f.609 que no disponía de ella, a pesar de que en la compra de los activo de BANKPIME se incluía todo lo referente al negocio de valores. Pero un hay más, la orden de compra del actor f.61 es ilegible, pero en el anexo de su informe pericial f.140vtº y 141, se aporta la orden de compra y el contrato de recompra.

La orden de compra de valores se refiere a los bonos que nos ocupan comprados el 6-7-2006, y vencimiento a 14-8-2011.

Pues bien, tratándose de bonos simples, la lógica de la operación según la naturaleza del valor, es que el emisor pague el cupón de cada año, ingresando su importe en la cuenta de valores del actor, y a su vencimiento restituir el capital prestado, y a su vencimiento no se restituyo, ni BANKPIME recompro los valores tal y como se había comprometido. Es pues un caso de incumplimiento suficiente como para la resolución.

NOVENO.- Las ordenes de valores y el crédito concursal

Es cierto que la ley 41/1999 ordena la firmeza de las órdenes de valores, pero esa afirmación hay que matizarla. Por un lado porque el objeto de esa ley y el de este proceso es distinto.

El objeto de la Ley según su Artículo 1 es:

“El objeto de la presente Ley es incorporar al ordenamiento jurídico español las disposiciones de la Directiva 98/26/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, sobre "la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores", regulando la validez y eficacia de las operaciones de compensación y liquidación que se realizan en estos sistemas, y de las garantías que se prestan por los participantes en los mismos, así como las garantías de las operaciones que realizan los Bancos Centrales de los Estados miembros y el Banco Central Europeo, y los efectos de los procedimientos de insolvencia sobre tales operaciones y garantías.

Es igualmente objeto de la presente Ley la regulación de determinados aspectos del régimen jurídico de los sistemas españoles de pagos y de liquidación de valores, a cuyo efecto se determina cuáles son éstos y se regula el Servicio de Pagos Interbancarios.

Y aquí no se trata de eso, ya que no se ponen en solfa las operaciones de compensación y liquidación, si no la eficacia del contrato entre el actor y BANKPIME que genera las ordenes de bolsa, y del que CAIXABANK es sucesor.

Buena prueba de ello es el apartado 2 del Art.11 de la citada Ley, que dice:

2. Lo dispuesto en el apartado anterior:

a) Se entiende sin perjuicio de las acciones que puedan asistir a los órganos concursales o a cualquier acreedor para exigir, en su caso, las indemnizaciones que correspondan, o las responsabilidades que procedan, por una actuación contraria a derecho o por cualquier otra causa, de quienes hubieran realizado dicha actuación o de los que indebidamente hubieran resultado beneficiarios de las operaciones realizadas.

Por lo que se refiere a la huida del proceso concursal, no estamos de acuerdo con el recurrente.

Si BANKPIME hubiera actuado como simple intermediario sin labores de asesoramiento y sin contrato de recompra de los valores, es obvio que el actor debería acudir al proceso concursal de Fergo Aisa, pero el caso es distinto.

BANKPIME actuó como asesor, se comprometió a recomprar los bonos a su vencimiento, no cumplió, y CAIXABANK es el sucesor de BANKPIME ya que entre los activos comprados estaba el negocio de valores de BANKPIME

Por lo expuesto, en nombre de S.M. EL REY, y por la autoridad que el pueblo nos confiere

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación procesal de **CAIXABANK S.A.**, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Nº 97 de los de esta Villa, en sus autos Nº731/2015, de fecha veinte de mayo de dos mil dieciséis.

CONFIRMAMOS íntegramente dicha resolución, e **IMPONEMOS** las costas de esta alzada al apelante

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, 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 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia 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 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la Cuenta de Consignaciones y Depósitos de **esta Sección 14 APM, abierta en la**

entidad Banco Santander S.A., Sucursal 6114 de la Calle Ferraz, número 43 de Madrid, con el número **IBAN ES55- 0049-3569-9200-0500-1274**, que es la cuenta general o “buzón” del Banco de Santander, especificando la cuenta para esta apelación concreta: **«2649-0000-00-0828-16»** excepto en los casos que vengan exceptuados por la ley, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

En Madrid, a veintiuno de marzo de dos mil diecisiete.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.