

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimocuarta

C/ Ferraz, 41 , Planta 4 - 28008

Tfno.: 914933893/28,3828

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0117189

Recurso de Apelación 216/2017



(01) 31115535378

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 21 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 662/2015

APELANTE: Dña. MARIA

PROCURADOR D. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ

APELADO: CAIXABANK S.A.

PROCURADOR D. MIGUEL ÁNGEL MONTERO REITER

SENTENCIA

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

D. PABLO QUECEDO ARACIL

D. JUAN UCEDA OJEDA

Dña. PALOMA GARCIA DE CECA BENITO

En Madrid, a veinte de julio de dos mil diecisiete.

VISTO, 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 Procedimiento Ordinario 662/2015 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 21 de Madrid, en los que aparece como parte apelante y Dña. MARIA representados por el Procurador D. MARIANO DE LA CUESTA HERNÁNDEZ y defendidos por el Letrado D. EDUARDO RODRÍGUEZ DE BRUJÓN, y como parte apelada CAIXABANK S.A., representada por el Procurador D. MIGUEL ÁNGEL MONTERO REITER y defendida por el Letrado D. ALBERTO LEZAUN; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 07/12/2016.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 21 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 07/12/2016, cuyo fallo es del tenor siguiente: “Que debo desestimar y desestimo la demanda promovida por el Procurador D. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ en nombre y representación de DÑA. MARIA contra CAIXABANK S.A., absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas contra ella, sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes.”

SEGUNDO.- Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso

recurso de apelación por la parte demandante Dña. MARÍA a los que se opuso la parte apelada CAIXABANK S.A. 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 19 de julio de 2017.

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

No aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- *El debate*

La actora, como titular de 12 Bonos de Aisa 08/11, 5%, con un valor nominal de 38.000€, demandó a CAIXABANK S.A., (en adelante CAIXABANK) como sucesora de BANKPIME (Banco de la Pequeña y Mediana Empresa S.A.) (en adelante BANKPIME), por cesión del negocio bancario, y subrogada en la posición del cedente a todos los efectos, ejercitando una pretensión principal de resolución por incumplimiento, y cinco pretensiones subsidiarias, tres de ellas en los ámbitos de la nulidad, y las otras dos fundadas en la negligencia contractual derivadas de la compra por los actores de bonos Aisa-Fergo, orden de compra de 18-12-2.007, adquiridos en las oficina de BANKPIME de la C/Dr. Fleming de esta Ciudad, de la que los actores eran clientes desde hacía más de 15 años.

El B.O.E. de 9-2-2012, publicó resolución de 30-1-2012, de la Dirección del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por medio de la cual BANKPIME cesa en su condición de colaborador con la A.E.A.T. (Agencia Tributaria), debido la fusión por absorción por CAIXABANK.

Los medios de comunicación escritos se hacían eco de la absorción de BANKPIME por CAIXABANK y fue CAIXABANK la que se dirigió a todos los clientes de BANKPIME tranquilizándoles, dándoles la bienvenida a la entidad, y diciéndoles: "Queremos aprovechar esta ocasión para darle la más cordial bienvenida a la Caixa, una entidad con una sólida trayectoria de excelencia, fortaleza financiera y compromiso social. Estamos convencidos de que en La Caixa recibirá siempre el servicio eficaz y riguroso que usted merece, en un clima de confianza, proximidad y trato personalizado. Puesto que la Junta General de BANKPIME ya ha aprobado la adquisición del negocio bancario y de la gestión de fondos por parte de CAIXABANK, (..), con el respaldo de una entidad solvente..."

"Toda la operativa se mantendrá sin cambio alguno, sus cuentas corrientes, libretas de ahorro y productos de inversión cambiarán de numeración, manteniendo la retribución actual, toda su operativa de abonos y pagos no se verá afectada por este cambio y usted no tendrá que realizar gestión alguna",

BANKPIME, hizo lo propio en carta remitida todos sus clientes informándoles del traspaso del negocio bancario a CAIXABANK : "que sus productos estarán en la entidad de mayor solvencia", "Como ya conocerá a través de los medios de comunicación, nuestra entidad ha llegado a un acuerdo con CAIXABANK , para transmitirle el negocio bancario (..) realizar esta operación con la convicción de que es una muy buena operación para

nuestros clientes en la medida que sus ahorros estarán en la entidad de mayor solvencia, con la mayor red comercial en el sistema financiero..."

La compra del negocio bancario de BANKPIME por CAIXABANK se realizó en el seno del proceso de reestructuración bancaria motivado por el Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero debido a la imposibilidad de BANKPIME de cumplir con los requisitos mínimos de capital exigidos por la norma, 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 gestora de fondos.

La demandada se opuso alegando falta de legitimación pasiva, ya que no hubo fusión por absorción si no compra de determinados activos y pasivos, que no suponen sucesión universal.

El Juez de Instancia desestimó la demanda, por concurrir la excepción de falta de legitimación pasiva

SEGUNDO.- Recurso del actor

PRIMER MOTIVO.LEGITIMACIÓN PASIVA DE CAIXABANK. IRRELEVANCIA DE LA EXISTENCIA DE IPME 2.012 (ANTERIORMENTE BANKPIME).

En la sentencia que se recurre por esta parte, en el fundamento jurídico Segundo, el juzgador "a quo" cita dos sentencias de Audiencias Provinciales, en las cuales transcribe literalmente las mismas sin entrar en matizar propiamente la cuestión relativa a la legitimación de CAIXABANK, Sentencias que al igual que la del juzgador "a quo" no guardan concordancia con la adquisición del negocio bancario de BANKPIME por parte de CAIXABANK.

Los Principios Generales del Derecho, determinan que las sentencias deben dictarse de forma congruente con el petitum de la demanda, asimismo aplicando la suficiente coherencia en la citación de jurisprudencia, así pues, esta cuestión de la legitimación pasiva de CAIXABANK ya ha sido resuelta por innumerables sentencias de diferentes Audiencias Provinciales, entre ellas:

Sentencia nº 593/2016, de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección 10ª, Recurso de Apelación 1036/2016 de 7 de diciembre de 2.016.

Sentencia nº 533/2016, de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección 8ª, Recurso de Apelación 770/2015 de 16 de noviembre de 2.016.

Sentencia nº 359/2016, de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección 8ª, Recurso de Apelación 491/2016 de 28 de julio de 2.016.

Sentencia nº 443/2016, de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección 10ª, Recurso de Apelación 708/2016, de 14 de septiembre de 2.016.

Sentencia nº 98, de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 3ª, rollo de sala 505/2015, de 15 de abril de 2.016.

Sentencia de Audiencia Provincial de Baleares, sección 4ª, de 6 de octubre de 2.014. Sentencia de Audiencia Provincial de Baleares, sección 3ª, de 6 de noviembre de 2.014. Sentencia de Audiencia Provincial de Castellón, sección 3ª, de 10 de abril de 2.014. Sentencia de Audiencia Provincial de Baleares, sección 5ª, de 28 de diciembre de 2.014. Sentencia de Audiencia Provincial de Baleares, sección 5ª, de 8 de marzo de 2.016. Sentencia de Audiencia Provincial de Valladolid, de 5 de septiembre de 2.013. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 3ª, de 20 de junio de 2.015. Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 17 de julio de 2.013.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, de 26 de enero de

2.011.

En desglose de una de las mencionada sentencias, nº 443/2016, de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección 10ª, Recurso de Apelación 708/2016, de 14 de septiembre de 2.016, resuelve dicha cuestión con los mismos argumentos que el juzgador "a quo" en su sentencia argumenta su irrelevancia:

(...) En fecha 29 de septiembre de 2011, "BANKPIME" y "CAIXABANK" celebraron contrato, en virtud del cual la primera se comprometió a vender y ceder y la segunda a comprar y asumir "los elementos patrimoniales que conforman dicho negocio bancario de Bankpime"; el referido contrato se eleva a escritura pública el 29 de septiembre de 2011.

El Ministerio de Hacienda pública, en el BOE de 9 de febrero de 2012, la cancelación de la autorización para actuar como entidad colaboradora en la gestión recaudatoria correspondiente al banco de la pequeña y mediana empresa, indicando lo siguiente: "Visto el escrito remitido por la entidad CAIXABANK, en el que comunica la fusión por absorción del Banco de la Pequeña BANKPIME por CAIXABANK".

Las informaciones publicadas en prensa sobre el acuerdo entre "BANKPIME " y "CAIXABANK" se refieren a la transmisión de la totalidad del negocio bancario y de gestión de fondos de "BANKPIME". En esta línea, se dirige a todos sus clientes, comunicándoles lo siguiente: "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 fon- dos de inversión". Asimismo, "La Caixa" remite una carta a los clientes de "Bankpime" en los siguientes términos: "como fase final del 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 ofician habitual dentro de la red de oficinas de La Caixa".

Los bonos adquiridos perdieron su valor y liquidez, por ello se formula la demanda iniciadora del presente procedimiento, interesando la nulidad del contrato de

El juez "a quo" no contempla que CAIXABANK tiene legitimación pasiva en el fondo de este litigio, conforme señala el primer párrafo del art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde el momento que la mencionada entidad y con arreglo al contrato que celebró con BANKPIME, pasó a ocupar la posición contractual que ésta tenía respecto de mi mandante, respecto de los contratos celebrados por éstos con BANKPIME y respecto al propio contrato celebrado por la demandada con BANKPIME de compraventa del negocio de fecha 29 de septiembre de 2.011, siendo el objeto de dicho contrato la transmisión del negocio bancario de BANKPIME a CAIXABANK como unidad económica.

Esta cuestión ya ha sido resuelta por las innumerables sentencias detalladas con anterioridad.

Así pues, todas estas sentencias de diferentes Audiencias Provinciales, han condenado a CAIXABANK y determinado la responsabilidad de la misma como consecuencia de la adquisición del negocio bancario de BANKPIME, produciéndose una subrogación en la posición contractual, de esta forma, CAIXABANK pasa a ocupar la posición jurídica ocupada por BANKPIME a todos los efectos, asumiendo por tanto los derechos y obligaciones de ellos derivados.

Todas estas sentencias concluyen que la compraventa del negocio bancario de BANKPIME por parte de 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 2.011, Documento nº 12 de nuestra demanda), lo que motivo que transmitiera al comprador CAIXABANK los activos y pasivos que conforman el negocio bancario, incluyendo la intermediación de valores, depositaria y custodia, así como su gestora de fondos.

La argumentación de la sentencia recurrida, debe ser totalmente rechazada, acogiendo los motivos expuestos en dichas sentencias, pero a mayor abundamiento:

La entidad demandada, al subrogarse en la posición contractual de BANKPIME, ha adquirido los derechos que la anterior tenía al respecto del producto bancario contratado con mis mandantes, tal y como se lo han hecho saber ambas entidades en cartas remitidas (Documentos Nº 8 y 9), cuestión esta que ya ha estimado, y exhaustivamente argumentado la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª de 10 de abril de 2.014 y reiterado por las innumerables sentencias anteriormente mencionadas, ante dicha alegación la demandada, manifiesta que en dicho contrato de fecha 29 de septiembre de 2.011, 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, cuestión que guarda plena concordancia con la comunicación remitida por BANKPIME (Documento Nº 8 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, reiterando dicha comunicación la demandada mediante carta remitida a mi mandante en fecha de 1 de diciembre de 2.011 (Documentos nº 8 y 9 de nuestra demanda).

Por consiguiente, junto con una transmisión de la cartera de inversión crediticia de BANKPIME, 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 nuestros mandantes con BANKPIME, S.A. ello se le suma el hecho, de que la propia demandada ha asumido la cesión del contrato atendiendo a sus propios actos, por lo que no puede negar su legitimación pasiva, pues vulneraría el principio de buena fe fijado en el art. 7 del Código Civil, así figura de los Documentos Nº 8 y 9 de la demanda, que comunicó a mis mandantes con fecha de 01/12/11 la integración del negocio bancario de BANKPIME en CAIXABANK por lo que les daba la bienvenida como clientes, en el mismo sentido comunicó que sus productos mantendrían las mismas condiciones que tenía con la entidad BANKPIME, incluso con más beneficios, habida cuenta pasarían a estar en la entidad de mayor solvencia, asimismo, los productos y contratos que ostentaba con BANKPIME pasarían a la demandada y vemos como en el Documento nº 10 de nuestra demanda se materializa este hecho por la entidad demandada, siendo los Bonos Aisa productos vigentes en la cartera de productos bancarios de nuestro mandante con la entidad CAIXABANK.

El juzgador "a quo" se equivoca cuando razona la falta de legitimación pasiva sobre la base que únicamente había adquirido determinados elementos del activo y pasivo que formaba el negocio bancario de BANKPIME, sin concurrencia de un supuesto de subrogación en todos los derechos, siendo una sucesión universal y con constancia expresa en el contrato de adquisición de los mismos que quedaban excluidos los pasivos contingentes, tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que pudieren derivarse de la actividad de BANKPIME, Sentencia 359/16 de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, sección 8ª; Recurso de Apelación 491/2016 de 28 de julio de 2.016.

Es evidente que se ha producido un traspaso de la relación comercial de BANKPIME S.A. a CAIXABANK SA y que no es oponible la exclusión señalada al actor, teniendo en

cuenta que es un documento privado firmado por las dos entidades, elevado a público tres meses después de su firma, sin haberse ni tan siquiera inscrito en el correspondiente Registro público con antelación a las notificaciones efectuadas a nuestros mandantes, se manifiesta en este hecho la argucia y temeridad con que actúa la demandada en el presente entramado, al impedir que nuestros mandantes puedan informarse de forma correcta frente a las actuaciones realizadas por las entidades de forma privada, cuestión esta que NO puede afectar a terceros de buena fe, que sólo pretenden seguir teniendo y contando con sus ahorros de toda la vida, y cuando la única información recibida por nuestros mandantes ha sido en todo momento la continuidad de la actividad de BANKPIME en CAIXABANK, la propia demandada lo ha hecho público y no puede pretender la demandada generar una continua confusión y evasión de responsabilidades, actuando continuamente en contra de sus propios actos, en ningún momento nuestros mandantes han sido informados de los riesgos que conllevaba la firma de este acuerdo privado entre la demandada y BANKPIME, no han sido informados de los riesgos que corría frente a dicho traspaso del negocio bancario, viéndose en una situación de absoluta indefensión ante la maniobra torticera de la demandada, y de tener que enfrentarse a procedimientos legales para defender lo que es suyo y le han quitado, sin tan siquiera informarle que dicho traspaso del negocio bancario tenía como consecuencia que el pequeño ahorrador perdía absolutamente todos sus ahorros, cuestión esta que ha sido muy bien motivada en la ya mencionada *Sentencia N° 593/2016, de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección 10ª, Recurso de Apelación 1036/2016, de 7 de diciembre de 2.016* y en la *Sentencia N° 443/2016, de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección 10ª, Recurso de Apelación 708/2016, de 14 de septiembre de 2.016*.

Nuestros mandantes en todo momento han consentido la cesión contractual, porque continuaron trabajando con CAIXABANK, todo ello en virtud de la información recibida por la demandada del traspaso del negocio bancario, manteniendo las mismas condiciones que tenían con BANKPIME, Documentos n° 8 y 9 de nuestra demanda, así pues, 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 este (S. T.S. de 9 de julio de 2.003, de 26 de noviembre de 1.982 y de 9 de diciembre de 1.997, entre otras), porque los efectos jurídicos de la cesión se proyectan en tres direcciones, cedente, cesionario y cedido, cuyo consentimiento, como ya se ha dicho, es indispensable, por consiguiente, como indica la S.T.S de 9 de julio de 2.003, la responsabilidad contractual (de CAIXABANK en nuestro caso), deriva de una cesión contractual, que implica una subrogación en la totalidad de los derechos y obligaciones del contrato.

Continuamente la entidad demandada actúa en contra de sus propios actos, con el fundamento de falta de legitimación pasiva que intenta sostener, así pues, si lo llevamos a la práctica, el producto bancario contratado por nuestros mandantes con la entidad BANKPIME, tendría que seguir estando en poder de la entidad cedente (BANKPIME), y no hay que olvidar que la entidad demandada apertura cuenta corriente de forma unilateral a nombre de nuestros mandantes y de forma unilateral traspasa el producto bancario denominado Bonos Aisa a sus oficinas, tal y como queda probado en el Documento N° 10 de nuestra demanda (documento que no ha sido impugnado por la parte contraria), así pues, es importante observar el maquiavélico comportamiento de la entidad demandada, en cuanto a la operativa con nuestro mandante por este producto bancario:

CAIXABANK apertura cuenta corriente de forma unilateral a nombre de nuestros mandantes, sin solicitar el consentimiento expreso de los mismos. Deposita el producto bancario contratado por nuestros mandantes con BANKPIME, en la cuenta bancaria aperturada de forma unilateral en sus propias oficinas.

Cobra comisiones de custodia y mantenimiento, por tener depositado dicho producto bancario en las cuentas que ellos mismos han aperturado, sin contar con el consentimiento de nuestros mandantes. Es la propia entidad demandada la que efectúa el traspaso del producto bancario de una entidad a otra.

Remite a nuestros mandantes carta en dónde les da la bienvenida, les informa del proceso de integración del negocio bancario, les indica que sus ahorros estarán en la entidad de mayor solvencia.

Cuando nuestros mandantes reclaman el cumplimiento contractual del producto bancario que ha sido traspasado a sus oficinas, por el cual la demandada está cobrando comisiones y custodias, indican que el mismo se encuentra excluido por un pacto privado firmado con la cedente (BANKPIME). Esta es la gran contradicción en la que incurre la demandada, en dónde es absolutamente indefensible su máxima de "excepción de falta de legitimación pasiva frente a este producto bancario", cuando son ellos mismos quienes en el proceso de adquisición y subrogación de la entidad BANKPIME, han informado al tercero (nuestros mandantes), afectada directamente de dicha subrogación, de dicho traspaso, que dicha integración se ha efectuado con éxito y que sus ahorros estarán en la entidad de mayor solvencia, Documentos N° 8 y 9 de nuestra demanda, cartas que han sido enviadas a cada uno de los innumerables afectados que hoy en día se encuentran en procesos judiciales gemelos al de autos. No hay que olvidar, que la parte actora en todo momento tiene la condición de consumidora, además de inversor minorista y conservadora, así pues, dicha cuestión se mantiene cuando es la propia demandada la que remitió carta a cada cliente inversor minorista de los Bonos Aisa, para informarles del acuerdo alcanzado el 1-12-11, dándoles la bienvenida a la entidad de mayor solvencia. Específicamente en dichas cartas se hace constar que la integración incluye la cesión de los préstamos, créditos...etc. Categorías en las que debe incluir a los bonos.

No puede pretender la parte demandada mantener, que su única gestión a estos efectos es una actuación aislada y desligada de todo contrato de administración sin más y que la titularidad material del contrato la ostente y mantenga la entidad BANKPIME, y pretenda la demandada desligarse completamente del contrato desde la transmisión, inclusive de la propia gestión de cobro de comisiones o abono de cupones, que constituyen las pretensiones propias del contrato, que materialmente constan asumidas por la demandada, así pues, en el mismo sentido se pronuncia el Informe del Perito aportado por esta parte, que la demandada no ha impugnado, Documento N° 13 de nuestra demanda.

Así pues, queda de manifiesto que es la propia demandada la que en todo momento informa a nuestros mandantes que se han subrogado en la posición bancaria de la entidad BANKPIME, dicha excepción de falta de legitimación pasiva debe ser desestimada, siendo absolutamente contradictoria y falsa la manifestación de la demandada cuando indica que se trata de una mera intermediaria, sin responsabilidad alguna en virtud de contrato de Depósito o Administración de Títulos Valores, (contrato del que se solicitó su aportación en el acto de la audiencia previa, art. 217 LEC y que la parte demandada no ha aportado), así pues, de dicho contrato se desprende que la demandada, como sucesora, es quien asume las obligaciones frente a la actora mediante el correlativo y necesario contrato mencionado, incluyendo el asesoramiento correspondiente, con las obligaciones dimanantes de tales contratos, las que se alegan infringidas conforme a la normativa civil y reguladora del mercado de valores que se invoca.

Nuestra opinión al respecto coincide con la Sentencia 359/16 de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, sección 8ª, Recurso de Apelación 491/2016 de 28 de julio de 2016, así como de las innumerables sentencias de diferentes audiencias provinciales que existen al respecto, que consideran que, como consecuencia de la adquisición del negocio

bancario de BANKPIME por parte de CAIXABANK se produjo la cesión a ésta de los contratos a través de los que se desarrollaba aquel, con la consiguiente subrogación de ésta en la posición jurídica ocupada por aquella 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.

Hay que tener en cuenta que nuestros mandantes, no tiene ningún tipo de conocimiento en el sector financiero/bancario, con una trayectoria con la entidad BANKPIME de toda una vida, relación basada en la confianza absoluta en los empleados de la entidad, quienes ofrecieron a mis mandantes, este "tóxico producto bancario denominado Bonos Aisa", así pues, y poniendo a esta Ilma. Sala en antecedente, de las maniobras torticeras que dos entidades bancarias han realizado con el único fin de lucrarse con el dinero y los ahorros de pequeños ahorradores, quienes sin ningún tipo de conocimiento en banca se han confiado del asesoramiento prestado por los empleados de la entidad, ante los ofrecimientos de estos productos bancarios, ya de sobra denominados "tóxicos", que la entidad BANKPIME ha comercializado y colocado a nuestros mandantes, intentando la entidad CAIXABANK, al subrogarse en la posición contractual de BANKPIME, liberarse de los mismos mediante pactos oscuros, siendo los mismos nulos de pleno derecho.

Yerra el juez de instancia cuando en la sentencia recurrida, manifiesta que la legitimación discutida es sobre la base fundamental de haberse producido una cesión de los contratos celebrados por BANKPIME, excluyendo reclamaciones como la que nos ocupa en orden a permitir la alegación de la falta de legitimación pasiva, así pues, nuestra opinión al respecto, coincide textualmente con la de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 3ª, sentencia de fecha 10 de abril de 2014, sentencia que está suficientemente motivada, entre otras. Asimismo reciente, Sentencia Nº 593/2016, de la S.A.P. de Madrid, Sección 10ª de 7 de diciembre.

SEGUNDA. NATURALEZA JURÍDICA DEL PRODUCTO BANCARIO DENOMINADO BONOS AISA, COMERCIALIZADO POR LA ENTIDAD BANKPIME (AHORA CAIXABANK).

En referencia a la naturaleza jurídica del producto bancario denominado Bonos Aisa, nos remitimos al Documentos Nº 5 de nuestra demanda, el contrato denominado Orden de Compra, cuya nulidad se insta en este procedimiento, en el cual constan las siguientes menciones:

- Descripción del Valor: Aisa 08/11 5% BO - Efectivo: 38.000
- Ver condiciones contractuales generales en el contrato de administración y depósito.
- En su reverso consta Contrato de Compraventa con Pacto de Recompra de activos financieros negociados en mercados organizados, y se detallan las condiciones para ello.

Merece destacar que en el encabezamiento de este documento, en su margen superior izquierdo, figura BANKPIME en letras grandes y de color azul, que contrastan con el tamaño más pequeño de la letra de las demás menciones, incluso cuando se describe el valor, ésta aparece con letra gris y con el mismo tamaño de letra que el resto de anotaciones, puede verificarse que en dicha orden de compra, comercializada por la entidad BANKPIME, en ningún sitio aparece el dato del emisor, teniendo en cuenta que el producto bancario es comercializado y colocado por la entidad BANKPIME, sin tener mis mandantes ningún conocimiento de la existencia de una entidad denominada Aisa, que puede denominarse como organismo emisor.

Es de resaltar que la demandada no ha aportado a los presentes autos el contrato de

administración y depósito, a pesar de la facilidad y disponibilidad que tenía, art. 217 LEC, y habiendo sido requerida al efecto en el acto de la audiencia previa para su aportación, al que se remite expresamente la orden de compra de los valores para la fijación de las condiciones contractuales generales (margen inferior izquierdo). Estos activos estaban representados por medio de apuntes en una cuenta de valores aperturada en BANKPIME, una por cada uno de los clientes que suscribieron y compraron los bonos correspondientes a esta emisión. Así pues, la entidad BANKPIME (ahora CAIXABANK) era la comercializadora e intermediaria en la colocación de este producto bancario. Este contrato de compra de bonos con pacto de recompra tiene la misma naturaleza que el préstamo, es decir, es una operación típicamente bancaria y contemplada entre las operaciones adquiridas por CAIXABANK tras la subrogación en la posición de BANKPIME (sin duda de naturaleza bancaria), donde se entrega una cantidad dineraria al banco, durante un periodo de tiempo determinado a cambio de un tipo de interés pactado, respondiendo el banco de la bondad de la operación y de la devolución del dinero entregado con el patrimonio de la entidad y sus activos. Estos activos del banco que responden del dinero invertido por los clientes, consisten en el capital, reservas y fondos. Tal y como ha sido manifestado por el Perito Don David Pérez Bustamante y Yabar en el acto del juicio.

Esta operación bancaria debió ser dotada para insolvencias, como cualquier otra operación de inversión típica, en el balance de la entidad BANKPIME.

La rentabilidad del producto se realiza por medio de la operación financiera determinada por el Banco de España para las operaciones bancarias.

Así pues, estos bonos tenían un tipo de interés de remuneración al cliente que había efectuado la compraventa, de un 5%, y tal tipo de interés sería calculado según las normas del anexo 5 de la Circular de Banco de España Nº 8/90 de 7 de septiembre BOE no 226 de 20 de septiembre del 1990, como cualquier otra operación bancaria ceñida para el cálculo de interés a esta circular. Todo ello según el reverso del contrato se aplica, como a toda operación bancaria la equivalencia financiera del anexo V de la citada circular:

Todo ello en aplicación de la Circular del Banco de España 13/1993, de 21 de diciembre, por la que se modifica la Circular 8/1990 de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela de las Entidades de Crédito («B.O.E.» 31 diciembre), modifica la denominación de los símbolos matemáticos del apartado 1 y suprime el apartado 2. Vigencia: 1 abril 1994.

Es decir, a esta operación bancaria se le aplica la legislación de los productos bancarios de depósito y no la de los valores, es decir las normas de la CNMV, Documento nº 19 Bis de nuestra demanda.

La intermediación de la entidad BANKPIME (hoy CAIXABANK) en la comercialización del producto bancario denominado Bonos Aisa, ha sido también ya resuelto por innumerables sentencias, entre otras: SAP 359/2016 de Madrid, Sección 8ª de 28 de julio de 2016,

Asimismo, no hay que olvidar que la entidad Aisa, Fergo y BANKPIME, formaban parte de la Agrupació Mutua, siendo Jordi Conejos presidente de las entidades, así pues, no puede pretender la demandada indicar que BANKPIME sólo realizó una mera intermediación, habida cuenta la entidad emisora era una entidad de su propio grupo de empresas.

Tercera.

Concurrencia de los requisitos legales para exigir la nulidad, anulabilidad o las acciones de responsabilidad por incumplimiento ejercitadas.

En referencia a esta cuestión, habiendo alegado la parte demandada en su escrito de demanda, la caducidad de la acción de esta parte contra CAIXABANK, no podemos dejar de

hacer mención que nuestra acción no ha caducado, más aún sigue vigente y es procedente hacer mención a las sentencia de diferentes Audiencias Provinciales que ya han resuelto dicha cuestión:

S.A.P. de Madrid, Sección 10ª de 7 de diciembre de 2.016.

S.A.P. de Madrid, Sección 8ª, de 16 de noviembre de 2.016.

S.A.P. de Sección 3ª de Palma de Mallorca de 15 de abril de 2.016,

S.A.P. de Baleares, sección 4ª, de 6 de octubre de 2.014,

S.A.P. de Baleares, sección 3ª, de 6 de noviembre de 2.014,

S.A.P. de Castellón, sección 3ª, de 10 de abril de 2.014,

S.A.P. de Baleares, *sección* 5ª, de 28 de diciembre de 2.015,

S.A.P. de Baleares, sección 5ª, de 8 de marzo de 2.016.,

Así pues, hay que acudir a la interpretación del Tribunal Supremo sobre el momento en que se produce la consumación de los contratos, habiendo declarado en Sentencia T.S. del 11 de junio de 2.003.

El producto bancario denominado Bonos Aisa, contratado por mis mandantes, con la entidad BANKPIME en fecha de diciembre de 2.007, con fecha de vencimiento en 14/08/2.011, se trata de un contrato que en agosto de 2.011, momento del cumplimiento del mismo, mi mandante debería haber recibido el nominal del principal invertido, esto es 38.000 Euros, más el pago del último cupón correspondiente al año 2.011 con el 5% de interés pactado. Así pues, y en aplicación del art. 1.300 y siguientes del Código Civil, se concluye que mi mandante está legitimado para ejercitar la acción de nulidad, habida cuenta el cómputo del plazo comienza desde la perfección del contrato, esto es 14/08/2.011, momento en el que estarían cumplidas las prestaciones por ambas partes, art. 1.301 del Código Civil, "dies a quo" para el cómputo del plazo, esto es, desde la perfección del contrato.

Dicho lo anterior, el art. 63 de la Ley del Mercado de Valores (LMV) en la redacción vigente en el momento de suscribir el contrato de autos, establecía que: "1.- Se considerarán servicios de inversión los siguientes: a) La recepción y transmisión de órdenes por cuenta de terceros, b) La ejecución de dichas órdenes por cuenta de terceros, e) La negociación por cuenta propia, d) La gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los inversores, e) La mediación, por cuenta directa o indirecta del emisor, en la colocación de las emisiones y ofertas públicas de ventas. f) El aseguramiento de la suscripción de emisiones y ofertas públicas de venta".

Ciertamente, con la regulación vigente, en el momento de suscribirse el producto bancario denominado Bonos Aisa, se preveían entre los servicios de inversión, el de asesoramiento. Estando previsto dicho servicio de asesoramiento desde el año 2.004, según vigente Directiva 2004/39/CE, en su art. 4.1.2) por remisión a la sección a del Anexo 1, entendiendo como tal y de acuerdo con lo dispuesto en el art 4.1.4). "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros".

De hecho, actualmente el art. 63 LMV, tras la reforma operada por la Ley 47/2007 en orden a la trasposición de la citada Directiva, establece que: "1. Se considerarán servicios de inversión los siguientes: a) La recepción y transmisión de órdenes de clientes en relación con uno o más instrumentos financieros. Se entenderá comprendida en este servicio la puesta en contacto de dos o más inversores para que ejecuten operaciones entre sí sobre uno o más instrumentos financieros, b) La ejecución de dichas órdenes por cuenta de clientes, e) La negociación por cuenta propia, d) La gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los clientes, e) La colocación de

instrumentos financieros, se base o no en un compromiso firme. f) El aseguramiento de una emisión o de una colocación de instrumentos financieros, g) 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 110 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, h) La gestión de sistemas multilaterales de negociación".

Como vemos, ahora se contempla, entre los servicios de inversión, el asesoramiento en el apartado g) que anteriormente no se contemplaba.

Pues bien, en el presente caso, mis mandantes adquirieron el producto bancario denominado Bonos Aisa, contratado en su día por la relación de confianza que mantenía con los empleados de BANKPIME (ahora CAIXABANK), siendo .1a demandada quién le ofreció dicho producto, cuestión ésta, que no niega en su contestación a la demanda, ya que se limita a discrepar respecto a la naturaleza jurídica de la relación entre las partes, sin entrar a discutir el hecho relativo a cómo se produjo la contratación. Fue la entidad financiera la que se puso en contacto con mis mandantes, en el año 2007 para ofrecerles el producto, del que destacó únicamente sus virtudes, diciéndoles que era seguro, de renta fija, que producía atractivos intereses y no tenía riesgo de ningún tipo. No se les advirtió de ninguno de sus altos riesgos, ni se les ofreció información adicional de ninguna clase, teniendo en cuenta que mis mandantes, no tienen ningún tipo de conocimiento financiero, y que la entidad bancaria demandada sólo le ha notificado que sus ahorros se encuentran en la entidad bancaria de mayor solvencia, en ningún momento les ha informado que perderían absolutamente todos sus ahorros por una operación de traspaso de entidades bancarias en fraude de acreedores.

Sentado lo anterior, es evidente que estamos ante la actividad descrita como de "servicio de asesoramiento" que regula la vigente Ley del Mercado de Valores. Y aunque es cierto que este servicio estaba previsto en la redacción de la referida Ley vigente en el momento de suscribirse el contrato de autos, también lo es, que la actual regulación es fruto de la transposición de la Directiva 2004/39/CE anteriormente citada, que también estaba vigente cuando se suscribió el producto bancario denominado Bonos Aisa, que compete a los presentes autos.

Y a estos efectos, la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013, El producto ofertado y definitivamente contratado fue un Bono Aisa, instrumento financiero sujeto a la LMV 24/1988, que vino a trasponer al derecho español el régimen de la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros (en adelante directiva MIFID) por la que se modifican las Directivas 85/61 1/CLF y 93/6/CEE del Consejo y Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo

TERCERO.- Decisión de la Sala: la legitimación

Esta Sala tiene formado criterio en esta cuestión, y lo ha expresado en sus sentencias de 1-3-2017, 21-3-17, 24-4-17 y 5-6-17, por lo que nos limitaremos a mantenerlo reproduciendo en lo necesario la sentencia de 5-6-17. Decíamos:

TERCERO: Legitimación pasiva. Consideraciones generales

El fundamento de los motivos del recurso viene dado por discrepar la apelante con la falta de legitimación pasiva que se aprecia en la sentencia apelada, y que es el

fundamento de la desestimación de la demanda.

A tales efectos lo primero que conviene reseñar es que la legitimación en el proceso civil, se manifiesta como un problema de consistencia jurídica, al exigir la adecuación entre la titularidad jurídica que se afirma y el objeto jurídico que se pretende, por lo que implica siempre una "questio iuris" y no una "questio facti", pues, aunque afecta a los argumentos jurídicos de fondo, puede determinarse, con carácter previo, a la resolución del mismo, pues sólo obliga a establecer si, efectivamente, guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen. Se puede, por ello, estar legitimado y carecer del derecho objeto de controversia. Con todo, dada la vinculación de la legitimación con el tema de fondo y las utilidades que comporta el manejo del concepto con precisión, no es extraño que, en ocasiones, se confunda la legitimación ("questio iuris") con la existencia del derecho discutido (que exige la comprobación de los elementos fácticos que lo configuran) (STS de 31 de marzo de 1.997 citando la de 18 de marzo de 1.993).

A tales efectos el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dispone " serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y 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".

Como afirma la STS Núm. 598/2009, de 18 Septiembre (Rec. 2364/2004), con cita de las Sentencias de 31 Marzo 1997 , 28 Diciembre 2001y 28 Febrero 2002 , " la legitimación "ad causam" consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que trata de ejercitar y exige "una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido", siendo en puridad una cuestión preliminar al fondo del asunto, aunque íntimamente ligada con él, que por su propia naturaleza puede y debe ser examinada de oficio por el tribunal (SSTs, Sala 1ª, Núm. 830/2004, de 20 Julio y Núm. 713/2007, de 27 Junio , entre otras) ya que los derechos subjetivos no existen en abstracto sino en cuanto pertenecientes a determinado sujeto y es precisamente dicho sujeto titular el único que puede exigir su efectividad mediante el ejercicio de la correspondiente acción procesal, careciendo de relevancia que tal actuación del derecho pueda ser pretendida por quien en realidad, por su propia condición o relación indirecta con tal derecho, según sus propias afirmaciones contenidas en la demanda, carece de la necesaria relación directa justificadora del ejercicio de la acción, siendo así que el pronunciamiento judicial ante su falta quedaría en el vacío y sin justificación alguna ni beneficio para su verdadero titular (el que realmente goza de la legitimación causal o "ad causam") lo que justifica e impone, como se ha dicho, la consideración de oficio de la concurrencia de dicho presupuesto del proceso".

En este caso es hecho cierto que los actores-apelantes adquirieron el 18-12-2007 38 bonos Aisa 08/11,5%, emitidos por la entidad Fergo Aisa por un importe total de 38.000 €, con la intervención de la entidad BANKPIME, oficina 007 Madrid Fleming.

Es igualmente cierto que por contrato privado de 29-9-2011, elevado a escritura pública en fecha 1-12-2011 BANKPIME), vendía a CAIXABANK el negocio bancario.

En el contrato privado de compraventa en el exponen IV se señala: "Que BANKPIME declara que su Consejo, ante la imposibilidad de BANKPIME de continuar su actividad bancaria cumpliendo con los requisitos regulatorios de solvencia, ha considerado que la mejor alternativa económica disponible es transmitir al Comprador los activos y pasivos que comportan el negocio bancario de BANKPIME...", y en el V "Que 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" (folio 79 y vuelto).

En las cláusulas del precitado contrato privado de compraventa, en la primera, referida al "objeto" se señala: "El objeto del presente Contrato es establecer los términos y condiciones bajo los cuales el Vendedor transmitirá al Comprador su negocio bancario como unidad económica (en adelante, el "Negocio Transmitido"), que comprende principalmente y a título enunciativo..." (folio 79 vuelto), en la cláusula segunda referida a la "Cesión del negocio transmitido" en el apartado 2.1.3 "El Vendedor cederá al comprador, que asumirá en virtud de tal cesión, la posición contractual del primero, el negocio de depositaria, custodia, intermediación de valores, gestión discrecional de carteras y todas aquellas actividades relacionadas o derivadas del Negocio Transmitido, incluida la llevanza del registro contable de las acciones emitidas por la propia BANKPIME" (folio 81) y en la cláusula cuarta "Activos y pasivos no cedidos" "El Comprador no asumirá ni adquirirá ningún pasivo del Vendedor distinto 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 las reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que puedan derivarse de la actividad del Vendedor pasada o futura" (folio 83).

A partir de lo pactado, así como otras pruebas aportadas a las actuaciones, hemos de determinar si la responsabilidad de BANKPIME respecto de los actores apelantes, con relación a la adquisición de los bonos Aisa 08/11,5%, la legitimación pasiva, tras la cesión del negocio bancario, la ostenta la CAIXABANK.

CUARTO: La legitimación por sucesión universal

Siguiendo el criterio de la sentencia de esta sección citada en el fundamento jurídico anterior, "La fusión por absorción no puede derivarse con base a la Resolución de 30-1-2012 de enero de 2012, de la Dirección del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, por la que se cancela la autorización número 225 para actuar como entidad colaboradora en la gestión recaudatoria correspondiente a la Entidad Banco de la Pequeña y Mediana Empresa-BANKPIME (BOE 9 de febrero de 2012) en la que se hace constar: "Visto el escrito remitido por la entidad CAIXABANK, en el que comunica la fusión por absorción del Banco de la Pequeña y Mediana Empresa-BANKPIME por CAIXABANK" (documento 2 de la demanda, folio 46). El alcance de esta resolución es limitado, y a los meros efectos administrativos, al cesar BANKPIME como entidad colaboradora en la gestión recaudatoria. A su vez, es contradictoria con la Orden de la Ministra de Economía y Hacienda de 29 de noviembre de 2011 por la que se autoriza la transmisión del negocio bancario de Banco de la Pequeña y Mediana Empresa S.A. (BANKPIME) a favor de CAIXABANK, en la que se limita la transmisión a determinados activos y pasivos de su negocio bancario "sin sucesión universal". En definitiva, las resoluciones reseñadas no pueden implicar prueba alguna de haberse llevado a efecto la fusión por absorción.

De igual modo, la fusión por absorción exige una serie de requisitos que no se observan en este caso, en el que solo consta la escritura de venta del negocio bancario de BANKPIME, es decir, no se han cumplido los requisitos y presupuestos de los artículos 22 y ss., de la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles.

Ahora bien, el que no se haya producido la fusión por absorción no nos puede llevar a excluir la legitimación pasiva de CAIXABANK, si tenemos en cuenta las peculiaridades de

la transmisión de negocio bancario, pues como ha señalado *esta* Sección 14ª en Sentencia de 1 de marzo de 2017 recurso 828/2016 " 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 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 supone que el adquirente puede dejar a su arbitrio, y en perjuicio de acreedores, la responsabilidad derivada de esos pasivos.

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 al 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".

En consecuencia, aunque no podemos derivar la legitimación pasiva por haberse producido la fusión por absorción, las peculiaridades de la transmisión del negocio bancario, y la naturaleza de los bonos adquiridos, nos debería de llevar a entender que sí procede apreciar que los actores-apelantes tienen acción para reclamar a la demandada-apelada

QUINTO: Legitimación pasiva. Cesión de contratos

A su vez, la legitimación pasiva de CAIXABANK vendría dada por la doctrina jurisprudencial referida a la cesión de contratos, si tenemos en cuenta el objeto del contrato (transmisión del negocio bancario), en los términos de la cláusula primera, que no es exhaustiva, de ahí la dicción "... y a título enunciativo...", la amplitud de las cláusulas 2.1.3 y 2.2, sin que en la cláusula 4 se efectúe referencia alguna al pasivo objeto de la presente reclamación, y sin que pueda perjudicar a terceros la exclusión genérica que en la misma se efectúa, en los términos trascritos en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución (folio 83 de las actuaciones).

A tales efectos hemos de traer a colación Sentencia AP Madrid, Sección 20ª, del 30 de diciembre de 2016 Recurso: 575/2016 " esta Sección al examinar un supuesto similar al que constituye objeto de este procedimiento, en la sentencia de 25 de abril de dos mil dieciséis (Recurso de Apelación 592/2015 , ponente Ilmo. Sr. RAFAEL DE LOS REYES SAINZ DE LA MAZA) asumió el criterio mantenido en jurisprudencia, tanto de la Audiencia Provincial de Madrid, como la de otras Audiencias coincidente con el criterio reflejado en la sentencia de primera instancia, por lo que nuevamente dicha excepción debe desestimarse.

Como allí indicábamos, asumiendo el criterio de la Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 6 de noviembre de 2.014, 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, elevado a público el 1 de diciembre de 2.011) la transmisión a CAIXABANK los activos y pasivos que conformaban su negocio bancario no conlleva la falta de legitimación pasiva de ésta entidad financiera, porque nos hallamos ante una cesión de contratos en la que la entidad adquirente ocupa la posición contractual de la transmitente a todos los efectos respecto de los clientes de esta última, sin perjuicio de las acciones de repetición que quepa ejercitar por la entidad adquirente frente a la mercantil vendedora. El hecho de que ambas entidades concertaran la adquisición de solo determinados activos y pasivos del negocio bancario de la transmitente, así como el que la Orden de 29 de noviembre de 2.011 de la Ministra de Economía y Hacienda autorizara la mencionada transmisión y que BANKPIME, S.A. continúe existiendo en el tráfico jurídico, actualmente denominada IPME, 2.012, S.A., no le priva de legitimación pasiva CAIXABANK, S.A., por cuanto, desde el momento en que ésta pasó a ocupar la posición contractual que la transmitente tenía respecto de los aquí demandantes, pasó a estar legitimada pasivamente ad procesum, para soportar las acciones que éstos pudieran ejercitar con base al contrato inicial, conforme señala el primer párrafo del art. 10 de la LEC, así como también ha de considerársele legitimada pasivamente ad causam, por cuanto 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", de manera que CAIXABANK, S.A. asume y así se lee en el contrato, la posición contractual de BANKPIME, S.A. lo que comporta la transmisión íntegra de las relaciones contractuales en que dicho negocio consiste, así como de tal posición subjetiva negocial que protagonizaba BANKPIME, S.A., sin modificación de la relación jurídica establecida con los actores, que es la que aquí interesa, por los pactos y condiciones sobrevenidas a la misma. Como se indica también en la S.A.P. de Madrid (Sección Décima), de 26 de enero de 2.011, la de S.A.P. de Castellón (Sección Tercera), de 10 de abril de 2.014 la Audiencia provincial de Castellón (Sección Tercera), de 10 de abril de 2.014 se ha producido 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", de manera que, la relación negocial seguida entre BANKPIME, S.A. y CAIXABANK, S.A. no supuso, simplemente, la transmisión de la primera a la segunda de derechos y obligaciones aislados, sino entendidos en conexión con una relación recíproca que les da sentido, creando un vínculo de interdependencia entre ellos. Igualmente, esa cesión no sólo comprende derechos y obligaciones, sino también otros efectos jurídicos, como son las acciones de nulidad, rescisión y anulabilidad, así como las facultades de modificación o extinción contractual, es decir, los denominados derechos potestativos.

Como también indicábamos en dicha resolución, no es de aplicación a estos supuestos 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.

Finalmente, no puede desconocerse tampoco la especial vinculación existente entre la entidad emisora y la entidad que comercializó estos bonos, así como la participación que la Agrupació Mutua tenía en el accionariado y en la dirección de ambas, situación que hace aplicable al caso la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de enero de 2015 , que hace responsable al banco comercializador de un producto esencialmente diseñado por él por más que se empleara la figura accesorio de un asegurador foráneo".

Esta Sección en sentencia de 1 de marzo de 2017 recurso 828/2016 ha acogido las conclusiones de la sentencia trascrita. En consecuencia, con base a los argumentos recogidos en la sentencia reseñada, y las que en la misma se citan, hemos de corroborar la legitimación pasiva de CAIXABANK al haber adquirido, en su integridad, el negocio bancario de BANKPIME, y por lo tanto, su legitimación pasiva respecto de las acciones que por los apelantes, en su condición de adquirentes de los bonos Aisa 08/11,5% BO, puedan ejercitar, sin perjuicio de las acciones de repetición de CAIXABANK frente a la transmitente, en los términos del contrato privado de compraventa de 29 de septiembre de 2011.

SEXTO: Legitimación pasiva. Actos propios

Como se deriva de los documentos aportados con la demanda (documentos 3 y 4, folios 48 y ss.) a partir del contrato privado de compraventa de 29 de septiembre de 2011, aparecieron noticias en prensa, alguna especializada, que trasladaban a los lectores la existencia de la sucesión universal, y a su vez, por la comunicación remitida a don Emiliano por BANKPIME (documento 6, folio 57), y, con carácter general, por La Caixa (documentos 8 y 9, folios 61 y ss.). Documentos que, a su vez, se corroboran por la testifical de doña Palmira, que fue empleada de BANKPIME y en la actualidad de CAIXABANK en la oficina donde los actores-apelantes adquirieron los bonos (hora 12:28), al manifestar que CAIXABANK envió cartas en las comunicaba que había absorbido a BANKPIME (hora 12:30 del soporte audiovisual) por lo que los clientes acudían a la oficina para interesarse (hora 12:31).

Con base a estos mismos documentos se ha pronunciado la Sentencia AP Madrid, Sección 10ª, del 7 de diciembre de 2016 Recurso: 1036/2016 " Como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en la sentencia de 14 de septiembre de 2016, CAIXABANK está

legitimada pasivamente para soportar las acciones derivadas del producto Aisa Bonos, comercializado por BANKPIME, por las siguientes razones que se expresaban en la referida sentencia:

“En fecha 29 de septiembre de 2011, BANKPIME y CAIXABANK celebraron contrato, en virtud del cual la primera se comprometió a vender y ceder y la segunda a comprar y asumir "los elementos patrimoniales que conforman dicho negocio bancario de BANKPIME"; el referido contrato se eleva a escritura pública... Las informaciones publicadas en prensa sobre el acuerdo entre " BANKPIME " y "CAIXABANK" se refieren a la transmisión de la totalidad del negocio bancario y de gestión de fondos de " BANKPIME". En esta línea, se dirige a todos sus clientes, comunicándoles lo siguiente: "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". Asimismo, "La Caixa" remite una carta a los clientes de " BANKPIME " en los siguientes términos: "como fase final del 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 ofician habitual dentro de la red de oficinas de La Caixa"... 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.

Sobre la teoría de los actos propios se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias de 4 de febrero y 15 de julio de 2.008 ,21 de abril de 2005 ,16 de septiembre de 2004 y 22 de enero de 1997, entre otras; "teniendo su fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables. Los presupuestos esenciales fijados por esta teoría aluden a que los actos propios sean inequívocos, en el

sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer, sin ninguna duda, una determinada situación jurídica afectante a su autor, y, además, exista una incompatibilidad entre la conducta anterior y la pretensión actual, según la manera que, de buena fe, hubiera de atribuirse a aquélla" (sentencia de la Sala Primera de 31 de enero de 2012).

En el supuesto que nos ocupa, no cabe duda que la actuación de ambas entidades bancarias ha generado la creencia de una absorción con sucesión universal de la totalidad de los productos bancarios, que incluso aparece reflejada en la publicación de la resolución del Ministerio de Hacienda (BOE de 9 de febrero de 2012), en la cual se cancela la autorización para actuar como entidad colaboradora en la gestión recaudatoria correspondiente al banco de la pequeña y mediana empresa, refiriéndose al escrito remitido por "CAIXABANK", al comunicar que "la fusión por absorción del Banco de la Pequeña y Mediana Empresa BANKPIME por CAIXABANK".

En consecuencia, CAIXABANK está legitimada pasivamente en este procedimiento".

De igual modo que en los fundamentos de derecho precedentes, esta Sección 14ª en sentencia de 1 de marzo de 2017 recurso 828/2016 , para derivar la legitimación pasiva de CAIXABANK, ha acogido la doctrina de los actos propios, con base a idénticos documentos ya reseñados en el inicio del presente fundamento, lo que refrenda la estimación del recurso.

SÉPTIMO: La legitimación pasiva. BANKPIME como mero intermediario

De igual modo, no puede rechazarse la legitimación pasiva de CAIXABANK por haber actuado BANKPIME como un mero intermediario en la adquisición por los apelantes de los bonos objeto de controversia, tal y como se alegó por la demandada-apelada en la contestación a la demanda. Ni por haber quedado como hecho no controvertido en la audiencia previa que se adquirieron los bonos con la intermediación de BANKPIME (hora 13:47 del soporte audiovisual) o que no sea objeto de discusión que BANKPIME fuera intermediario en la adquisición de los valores (hora 13:51), y así se señale en el fundamento de derecho 2 apartado c) de la sentencia apelada, pues hemos de distinguir entre que no hubiera controversia sobre este extremo, y que, por tal causa, BANKPIME no tuviera responsabilidad alguna.

Que BANKPIME no puede considerarse como un mero intermediario, sin responsabilidad alguna, y en consecuencia CAIXABANK, como adquirente del negocio bancario, lo ha resuelto esta Sección 14ª en sentencia de 1 de marzo de 2017 recurso 828/2016 (fundamento de derecho quinto), en un supuesto similar al del presente recurso (adquisición de bonos Fergo Aisa), en los siguientes términos: "*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 en el 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 en el 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 en el 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, Agrupacio 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 continua: "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".

De igual modo, y aunque por la fecha de adquisición de los bonos, no fuera aplicable la normativa Mifid, hemos de traer a colación la SAP Madrid, Civil Sección 20ª del 30 de diciembre de 2016 Recurso: 575/2016 " TERCERO .- Igualmente deben rechazarse las alegaciones mediante las cuales sustenta la entidad apelante su falta de legitimación pasiva material, por entender que la intervención de BANKPIME en la contratación de bonos fue la de mera intermediación, administración y deposito de los títulos, posición que en todo caso sería la única en la que se habría subrogado.

La condición de parte, de la entidad a quien sucedió la aquí demandada, en el negocio jurídico aquí analizado se deriva de que los servicios prestados a los demandantes son los propios de un asesoramiento financiero, tal como señala reiteradamente la doctrina y jurisprudencia aplicable al caso. En principio, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2.016 , el hecho de que la suscripción de los

bonos FERGO AISA aquí analizados, se suscribieron antes de la trasposición a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, a través de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, no es óbice para aplicar dicha doctrina, por cuanto en nuestro ordenamiento ya existían unos estándares exigentes de información y asesoramiento al inversor; y no solo porque la propia parte recurrente haya considerado aplicables en su recurso las previsiones de las Directivas 2004/39/CE y 2006/73/CE y antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el producto que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

Como señalan, entre otras la sentencia de la Sec. 14ª de esta Audiencia de fecha 2 de diciembre de 2.014 a la de 5 de mayo de 2.016 de la Sec. 16ª de la Audiencia provincial de Barcelona, la existencia y extensión del deber de asesoramiento de la entidad financiera, no deriva necesariamente de los pactos escritos alcanzados entre las partes, ni exige como elemento necesario el pago de una retribución, pues como señala el [art. 63.1.g\) L.M.V.](#), se considerarán servicios de inversión "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. En igual sentido el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de enero de 2.014, con base en lo que señala la S TJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C- 604/2011), pone también de manifiesto que tiene la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55).

Partiendo de lo indicado, los servicios prestados por la demandada al demandante, en la operación aquí analizada, han de incluirse dentro de los servicios de asesoramiento en materia de inversión, pues como indica la parte actora, y dicho extremo no ha sido desvirtuado por la demandada, que es a quien corresponde acreditar haber prestado sus servicios cumpliendo las obligaciones que le impone la legislación reguladora del sector, la suscripción de los bonos aquí analizados fue precedida de una serie de actuaciones de un comercial de la entidad por la que se subrogó la aquí demandada, en las que se les presentó el producto como conveniente para ellos en base a la consideración de sus circunstancias personales y no fue divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público, luego cabe concluir que fue la entidad demandada la que ofreció el producto al demandante y que éste acudió a la entidad, en base a la relación de confianza que mantenía con los dicha entidad y que el comercial les presentaban el producto como muy beneficiosas para él".

A la vista de lo expuesto revocaremos la sentencia de instancia.

OCTAVO-El pacto de recompra

En el suplico de la demanda se ejercitaba con carácter principal: "Que se declare por CAIXABANK (como sucesor de Bankprime por fusión por absorción), el incumplimiento de la obligación de recompra de los bonos Aisa, al no devolver a mi mandante, el precio de la cuantía invertida en el producto bancario denominado Bonos Aisa al vencimiento del mismo,

incumpliendo sus obligaciones contractuales, y de conformidad con el artículo 1.124 del Código Civil, se declare la resolución de dicho contrato, con resarcimiento de daños y abono de intereses, que se concretan en la devolución al actor de la suma invertida, de 38.000 MIL EUROS, más los intereses pactados al 5% de dicha suma desde la fecha de cargo en cuenta de la misma hasta su efectiva devolución, y que se declare que la titularidad de todos los títulos pase a la entidad demandada, una vez se haya restituido el importe de las cantidades que se vea obligada a pagar la demandada. Con condena expresa a la demandada de las costas causadas”.

Según razona la Sentencia de esta Sección de 5-6-2017 tantas veces citada y reproducida, “la acción derivada de haberse incumplido por BANKPIME la obligación de recompra de los bonos en los términos del documento 5.1 de la demanda (folio 55 de las actuaciones).

La acción ejercitada no puede prosperar, de conformidad a la Sentencia AP Barcelona, Civil sección 14 del 26 de enero de 2016 Recurso: 108/2014 ” En otro orden de cosas, aunque se pueda admitir que el documento 4 aportado a la demanda, al folio 124, no es de claridad meridiana, es evidente que no es de aplicación la cláusula de recompra. *Ello porque conforme a esta clase de negocio jurídico, de adquisición de "bonos" de tercero, no es adquisición de preferentes o participaciones subordinadas, de manera que es de razón lógica que no existe compromiso de la intermediaria de recompra. Así lo evidencia, la repetida sentencia, que textualmente dice que:*

"Los actores fundan la resolución de contrato pretendida en la demanda en el incumplimiento por parte de IMPE -antes BANKPIME- de la obligación de recompra de los bonos, tal como aparece en la condición general 1 de la orden de compra.

La naturaleza de los bonos AISA descrita en el folleto de emisión (título de deuda de mil euros de valor nominal, con un rendimiento del 5% pagadero cada día 14 de agosto, con vencimiento el 14 de agosto de 2011, no amortizable anticipadamente por el emisor ni por el inversor, cotizable en el mercado secundario de renta fija y amortizable al 100% de su valor nominal a su vencimiento), no se aviene en absoluto con el denominado "pacto de recompra", tal como se razona de modo convincente en la sentencia apelada (fundamento jurídico 4º).

Carece de consistencia la argumentación introducida en el recurso según la cual el pacto de recompra se explica porque era la única forma de instrumentalizar jurídicamente la devolución recíproca del capital y de los títulos, pues la explicitación de esa restitución no era necesaria, toda vez que era un efecto derivado de las características de la emisión, tratándose como era de producto de vencimiento pactado, a cuyo término el capital debía ser restituido al inversor”.

En consecuencia, hemos de reiterar, la acción principal ejercitada en el suplico de la demanda no procede acordarla, sin perjuicio de lo que acordemos respecto de la acciones ejercitadas con carácter subsidiario, y debamos de tener en cuenta que la referencia al "contrato de compraventa con pacto de recompra de activos financieros negociados en mercados organizados" puede conducir a equívocos tanto respecto a las características del producto como al riesgo aparejado en las condiciones en que era objeto de suscripción”.

NOVENO.- 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 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 CC).

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 día 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 caducada.

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».

El actor adquirió los bonos el 18-12-2017, 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, pag.10 a su fecha, en 26-5-2015 debía el cupón de los tres últimos años. Parece obvio que, desde 2009, ya se tenía información suficiente como para tomar las medidas oportunas.

En consecuencia, las acciones de nulidad están caducadas.

DÉCIMO.- El cumplimiento. (I)

Cuando nos hemos enfrentado a productos financieros vendidos masivamente a clientes sin la más mínima formación financiera, 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).

UNDÉCIMO.- El incumplimiento. (II)

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

Según la nota de valores registrada en la C.N.M.V., f.143 a 158, ni los valores ni el emisor estaban calificados por entidades de rating, la emisión tenía por objeto refinanciar en parte otra emisión anterior, y en la cuenta de pérdidas y ganancias del vemos que el resultado de explotación era negativo en menos 721.771,92€ y el resultado financiero era igualmente negativo en menos 1.573.718,61€ salvándose el ejercicio por 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, y respondió, f. 513 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.

La orden de compra de valores se refiere a los bonos que nos ocupan comprados el 18-12-2007, 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.

DUODÉCIMO.- 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, ya que el objeto de esa ley y el de este proceso son distintos.

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 del contrato entre el actor y BANKPIME del que el recurrente es sucesor.

Y 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 con ello y CAIXABANK era el sucesor de BANKPIME ya que entre los activos comprados estaba el negocio de valores de de BANKPIME

DECIMOTERCERO.- *Intereses y costas*

Resuelto el contrato, parece evidente que se debe condenar al demandado al pago del principal reclamado más sus intereses convencionales por los periodos de devengo contractuales: desde la suscripción hasta su cancelación natural, pero con una precisión. Mas allá del vencimiento de los bonos no hay derecho al cobro de intereses convencionales retributivos, y no proceden los legales moratorios del Art.1108 C.C. por la sencilla razón de que no se han pedido.

Solo impondremos los moratorios procesales del 576 L.E.C., que son de oficio, por el principal y desde la fecha de esta resolución.

En cuanto a costas, impondremos al demandado las de primera instancia, en aplicación de la teoría del vencimiento sustancial.

La S.T.S. de 5-6-2007 se remite a otra anterior de la misma Sala y nos dice: "Según expone la reciente Sentencia de esta Sala (Sala 1ª.T.S.) de 9 de junio de 2006, el artículo 523 LEC "se basa fundamentalmente en dos principios: el del vencimiento objetivo y el de la distribución, también llamado compensación -aunque no es estrictamente tal-, que tiene carácter complementario para integrar el sistema. El sistema se completa mediante dos pautas limitativas. La primera afecta al principio del vencimiento, y consiste en la posibilidad de excluir la condena cuando concurren circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición (lo que en régimen del art. 394 LEC 2000 tiene lugar cuando el caso presente serias dudas de hecho o de derecho). Su acogimiento (art. 523, párrafo primero, inciso final) transforma el sistema del vencimiento puro en vencimiento atenuado. La segunda pauta afecta al principio de la distribución, permitiendo que se impongan las costas a una de las partes (se discute si ha de ser total, o cabe hacerlo proporcionalmente, con opinión mayoritaria favorable a la segunda solución) cuando hubiese méritos para imponerlas por haber litigado con temeridad. Por otro lado, la doctrina de los Tribunales, con evidente inspiración en la "ratio" del precepto relativo al vencimiento, en la equidad, como regla de ponderación a observar en la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico, y en poderosas razones prácticas, complementa el sistema con la denominada doctrina de la "estimación sustancial" de la demanda, que, si en teoría se podría sintetizar en la existencia de un "cuasi-vencimiento", por operar únicamente cuando hay una leve diferencia entre lo pedido y lo obtenido, en la práctica es de especial utilidad en los supuestos que se ejercitan acciones resarcitorias de daños y perjuicios en los que la fijación del "quantum" es de difícil concreción y gran relatividad, de modo que, por mor de la misma, resulta oportuno un cálculo "a priori" ponderado y aproximado, con lo que se evitan oposiciones razonables por ser desproporcionadas las peticiones efectuadas, y además se centra la reclamación en relación al "valor" del momento en que se formula, dejando la previsión de la actualización respecto del momento de su efectividad, a la operatividad de la modalidad que se elija de las varias que en la práctica son posibles".

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

FALLAMOS

ESTIMAMOS el recurso a apelación formulado por la representación procesal de **D^a. MARIA**, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia N^o 21 de los de esta Villa, en sus autos N^o 662/2015, de fecha siete de diciembre dos mil dieciséis.

REVOCAMOS dicha resolución, y sustituimos su parte dispositiva por la siguiente:

1º.- ESTIMAMOS parcialmente la pretensión de resolución por incumplimiento formulada subsidiariamente como N^o 5 del suplico de la demanda articulada por la representación procesal de **D^a. MARIA** contra **CAIXABANK S.A.**

2º.- DECLARAMO RESUELTO el contrato de compra de valores Aisa 08/11 5% 80, Orden N^o 000066379 suscrito entre los actores y BANKPIME S.A. y que obra al f.62 de los autos.

3º.- LA DEMANDADA reintegrara a la actora la cantidad de **TREINTA Y OCHO MIL EUROS (38.000€)** de principal, más los intereses convencionales de dicha suma correspondientes a los periodos contractuales de devengo, hasta la cancelación de la emisión.

El principal devengara los intereses del Art.576 L.E.C. desde la fecha de esta resolución

4º.- IMPONEMOS al demandado las costas de 1^a instancia, y **NO HACEMOS** expresa condena en las causadas en esta alzada

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15^a 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: **«2649-0000-00-0216-17»** 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 11 de septiembre de 2017.

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