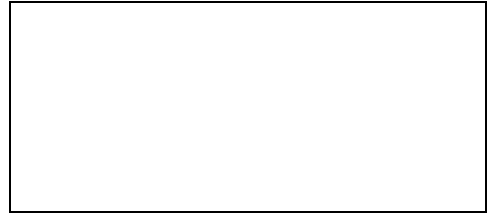


Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Undécima
c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 2 -
28035
Tfno.: 914933922
37007740
N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0177870



Recurso de Apelación 172/2017

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 81 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 1118/2015

APELANTE:: D./Dña. CARLOS
PROCURADOR D./Dña. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ
APELADO:: CAIXABANK S.A.
PROCURADOR D./Dña. MIGUEL ÁNGEL MONTERO REITER

SENTENCIA

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMO/A SR./SRA. PRESIDENTE:

D. CESÁREO DURO VENTURA

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

D. ANTONIO GARCÍA PAREDES

Dña. MARÍA DE LOS DESAMPARADOS DELGADO TORTOSA

En Madrid, a catorce de mayo de dos mil dieciocho.

La Sección Undécima de 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 1118/2015 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 81 de Madrid a instancia de **D. CARLOS**, como parte apelante representado por el Procurador Don MARIANO DE LA CUESTA HERNÁNDEZ contra **CAIXABANK S.A.**, como parte apelada, representado por el Procurador Don MIGUEL ÁNGEL MONTERO REITER; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 20/12/2016.

VISTO, Siendo Magistrada Ponente **Dña. MARÍA DE LOS DESAMPARADOS DELGADO TORTOSA.**

I.-ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 81 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 20/12/2016, cuyo fallo es el tenor siguiente:<<**ACUERDO: DESESTIMAR íntegramente** la demanda formulada por D. CARLOS contra CAIXABANK, S.A., y, en consecuencia, **ABSUELVO** a la parte demandada de cuantas pretensiones ejercitadas de contrario, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta primera instancia.>>

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria que formulo oposición, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

II.-FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El presente recurso trae causa de la demanda interpuesta por D. CARLOS el 23 de julio de 2015, ejercitando acción de nulidad contractual por error en la prestación del consentimiento en relación con el contrato de suscripción de fecha 6 de julio de 2006 de 8 Bonos FERGO AISA efectuada con la entidad Bankpime por importe de 8.000 euros; y subsidiariamente acción de resolución por incumplimiento de tal contrato por parte de Bankpime, SA, actualmente Caixabank S.A., del pacto de recompra que contiene la orden de compra, así como de las obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de los instrumentos objeto de la demanda, en los términos recogidos en la misma. La demanda fue dirigida no contra la entidad comercializadora Bankpime sino contra CAIXABANK S.A. en tanto que entidad absorbente de aquélla, por haber adquirido de Bankpime su negocio bancario y de gestión de fondos, habiéndose producido una sucesión en la posición jurídica que ocupaba Bankpime en el contrato suscrito en su día con el demandante.

En defensa de sus pretensiones adujo el actor que cuenta en la actualidad con 86

años de edad (77 cuando contrató los bonos), siendo persona ajena y desconocedora del sector financiero y que, confiado en los empleados de BANKPIME, le colocaron los bonos sin entregarle documentación alguna ni informarle adecuadamente de las características y riesgos del producto, señalando la parquedad de la orden de suscripción que se empleó para la comercialización de este producto, que se le ofreció como un depósito seguro y garantizado, cuando se trata de títulos que cotizan en mercado organizado de renta fija, y que ante la situación de insolvencia de la entidad FERGO AISA perdieron su valor, habiendo dejado de percibir la remuneración pactada, manifestando que se le ofreció un producto que no se adaptaba a su perfil conservador y necesidades financieras. Aduce el incumplimiento de los deberes de asesoramiento e información. Asimismo, el incumplimiento del pacto de recompra que se contiene en el reverso de la orden de compra.

Por todo ello, se solicitaba en la demanda que se declarara la nulidad de las órdenes de adquisición de 8 bonos FERGO AISA por vicios del consentimiento o, alternatively, la resolución del contrato bancario y orden de adquisición por incumplimiento por parte de la entidad financiera de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información, y en caso de estimación de cualquiera de ambas acciones, se condenara a Caixabank a devolver la cantidad invertida (8.000 euros) con sus intereses, además de los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores, a concretar en ejecución de sentencia por ser de devengo periódico; debiéndose compensar de todo ello los importes recibidos por la actora en concepto de cupón.

A tales pretensiones se formuló oposición por la demandada en la forma que consta en autos en cuanto al fondo del litigio, y alegando con carácter previo la excepción de falta de legitimación causal. Aduce que no ha existido sucesión universal ni material de Caixabank en la posición de Bankpime. La inexistencia de sucesión universal se debe a que, si bien hubo una absorción, no obstante se indica en el contrato de compraventa celebrado entre Caixabank y Bankpime que Caixabank adquiere únicamente determinados activos y pasivos, excluyéndose las acciones que pueda ostentar Bankpyme, pues así se entendería de la Cláusula 4ª del contrato de compraventa celebrado entre ambas entidades Bankpime y Caixabank en el que se excluyen expresamente como pasivo no cedido “los pasivos contingentes tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que puedan derivarse de la actividad del vendedor pasada o futura”. Señala que Bankpime

(en la actualidad denominada IPME 2012 S.A.), que se halla en la actualidad en concurso de acreedores declarado por auto de 11 de febrero de 2014, sigue conservando la responsabilidad personal y su personalidad jurídica. Asimismo, que Bankpime es mera intermediaria en la contratación de los bonos por lo que no se le pueden atribuir, por cesión ni por ningún otro título, los contratos en los que Bankpime no ha sido parte, so pena de quebrantar el principio de relatividad de los contratos, siendo el contrato suscrito entre el actor y Bankpime de depósito y administración de valores. Por todo ello, sostiene su falta de legitimación pasiva, citando en apoyo de sus alegaciones diversas sentencias de Audiencia Provincial que han acogido la excepción de falta de legitimación pasiva de Caixabank en un procedimiento en el cual ésta había sido demandada como supuesta sucesora de Bankpime.

Añade a continuación los siguientes argumentos de oposición a la demanda:

1) caducidad de la acción de nulidad ejercitada por la actora; 2) inexistencia de vicio en el consentimiento por error o dolo; 3) inexistencia de incumplimiento de pacto de recompra; si bien en el contrato firmado por el actor pudo acordarse el pacto de recompra en ningún caso puede atribuirse esta obligación a Bankpime, que solo intervino en la compra de los bonos FERGO AISA como mera intermediaria; 4) inexistencia de incumplimiento de las obligaciones de información por parte de Caixabank; 4) ejercicio de las pretensiones de la actora al margen del procedimiento concursal de FERGO AISA y/o de Bankpime; falta de comunicación del crédito en el concurso.

Realiza alegaciones sobre la naturaleza del producto bancario contratado por el actor, afirmando que éste conocía el tipo de producto que estaba adquiriendo y que solo cuando deja de recibir beneficios y ha conocido que la mercantil FERGO AISA se encuentra en situación concursal, es cuando se alega por la actora el desconocimiento de la contratación de estos bonos FERGO AISA. Afirma la inexistencia de responsabilidad atribuible a Caixabank que se propugna con carácter subsidiario por falta de información e incumplimiento de normas imperativas o prohibitivas, e insiste en que Caixabank no intermedió en las órdenes de compra ni fue parte del contrato de compraventa por lo que carece de legitimación pasiva; y en cuanto a la posible responsabilidad de Bankpime, que cursó según instrucciones del actor las órdenes de compra impugnadas, advierte que entre Bankpime y su cliente existía una relación de depositaria y administración de valores por lo

que dicha entidad únicamente quedaba obligada a prestar información sobre los productos adquiridos, pero no al asesoramiento.

La sentencia dictada en la instancia estima la excepción de falta de legitimación pasiva, desestimando con ello la demanda formulada, frente a la cual el demandante interpone el recurso que es ahora objeto de consideración por esta Sala en el que muestra su discrepancia con la valoración contenida en la sentencia recurrida sobre tal legitimación causal. Alega, en primer término, incongruencia extra petita, señalando que solicitó una acción de nulidad en virtud de una subrogación de una entidad bancaria (Caixabank) en la posición de otra (Bankpime) por un contrato de cesión del negocio bancario, habiendo ignorado absolutamente el Juzgador de instancia la acción principal y, sin resolverla, se pronuncia sobre una cuestión -fusión por absorción- que esta parte ni ha manifestado ni ha solicitado, resolviendo con ello algo distinto de lo solicitado en su demanda. Y solicita que con estimación de su recurso, se revoque la sentencia de instancia y se estime su demanda interpuesta contra Caixabank como sucesora de Bankpime por “cesión del negocio bancario”, subrogándose en su misma posición contractual, y con ello se declare la nulidad del contrato denominado BONOS AISA suscrito con el actor.

La demandada se opone al recurso formulado de contrato, solicitando su desestimación y la confirmación de la sentencia objeto de recurso en los pronunciamientos recurridos de contrario.

SEGUNDO.- Sobre la incongruencia extra petita.

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

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

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

TERCERO.- Sobre la legitimación pasiva de CAIXABANK

Ante la cuestión planteada en las presentes actuaciones sobre la legitimación causal de la entidad Caixabank en relación con las acciones ejercitadas contra ella derivadas de la adquisición de los Bonos FERGO AISA comercializados en su día por la entidad Bankpime, la Sentencia de instancia comienza por reseñar las distintas posturas mantenidas en esta Ilma. Audiencia Provincial por diferentes secciones de la misma, reconociendo unas la falta de legitimación pasiva, que en otras se reconoce, y manteniendo otras una postura intermedia en tanto que consideran que hay falta de litisconsorcio pasivo necesario pues debieron ser llamadas al pleito tanto Caixabank como IPME 2012 actual denominación de Bankpime, asumiendo la postura que mantiene la falta de legitimación de Caixabank en relación con la comercialización y desarrollo de la inversión efectuada por el demandante sobre los citados Bonos de la empresa AISA efectuada con la entidad Bankpime, con la consiguiente desestimación de la demanda.

Esta Sala es conocedora de distintas resoluciones de nuestros Tribunales en relación con la discusión en cuanto a la legitimación de Caixabank S.A para soportar acciones como las deducidas en la demanda iniciadora de la Litis, ya en el sentido de mantener la legitimación de Caixabank, ya no reconociendo dicha legitimación, ya las que mantienen una

postura intermedia en tanto que consideran que debía entenderse que existe un supuesto de falta de litisconsorcio pasivo necesario, de forma que debían ser llamadas a la litis tanto la mercantil Caixabank S.A como IPME 2012 S.A, actual denominación de Bankpime.

No obstante, sobre esta cuestión se ha pronunciado la reciente STS 652/2017, de 29 de noviembre, rec. 3587/2015, allí en relación a unos bonos de General Motors, de la que extractamos lo siguiente:

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

1.- Caixabank impugna la decisión de la Audiencia Provincial de reconocerle la legitimación pasiva en la acción de nulidad del contrato por el que los demandantes adquirieron los bonos de General Motors. Alega que la Audiencia vulnera los art. 1255 y 1257 del Código Civil porque no toma en consideración que el contrato de transmisión del negocio bancario celebrado con Bankpime contenía una cláusula que excluía de la cesión de contratos «los pasivos contingentes tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que puedan derivarse de la actividad del Vendedor pasada o futura».

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

2.- La cláusula en la que Caixabank funda su argumentación no supone, como pretende, la exclusión de algunos pasivos en la transmisión del negocio bancario, o la exclusión de algunos contratos en la cesión de contratos efectuada por Bankpime a Caixabank, exclusión de contratos que, por otra parte, era incompatible con la transmisión del negocio bancario como unidad económica.

Lo que en realidad se pretendía con esa cláusula era transmitir a Caixabank el negocio bancario de Bankpime, ceder a Caixabank los contratos celebrados por Bankpime con sus clientes en el marco de dicho negocio, pero sin que Caixabank asumiera responsabilidad alguna frente a los clientes cedidos. Y se pretendía hacerlo sin ponerlo en

conocimiento de los clientes «cedidos» ni contar con su aquiescencia.

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

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

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

No es admisible que la subrogación del cesionario en lugar del cedente se realice en un modo que permita al cesionario disfrutar de las ventajas que tales contratos le suponen, pero le libere de las responsabilidades contraídas por el cedente en la celebración de tales contratos, que es lo que supone en la práctica la pretensión de Caixabank al amparo de dicha cláusula, porque tal pretensión implica la defraudación de los legítimos derechos de los

clientes bancarios, al privarles de las acciones que pueden ejercitar con base en los contratos celebrados con el banco del que han pasado a ser clientes en virtud de la transmisión del negocio bancario realizado y que ha asumido la posición contractual del banco cedente.

De aceptarse la tesis de Caixabank se llegaría al absurdo de que, aun cuando la transmisión del negocio bancario fue global, algunas relaciones jurídicas con algunos clientes que pasaron a ser de Caixabank, retornarían a Bankprime por el solo hecho de resultar conflictivas o inconvenientes para Caixabank, y ello en virtud de una cláusula oculta para esos mismos clientes y pese a haber dejado de operar Bankprime en el negocio bancario.

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

6.- Este tribunal ha considerado en otros supuestos en los que se ha traspasado el negocio rentable a otra entidad y se ha pretendido dejar a una sociedad insolvente las obligaciones derivadas del negocio que se traspasaba, que se trata de un fraude de ley en cuanto que supone una operación que, al amparo del texto de una norma, perseguía un resultado contrario al ordenamiento jurídico, como es la desprotección del crédito.

Así ocurrió, por ejemplo, con varias sentencias del caso Ercros-Ertoil (sentencia de este tribunal 873/2008, de 9 de octubre, y las que en ella se citan). En estas sentencias se consideró que constituía un fraude de ley la operación, en este caso societaria, por la que se transmitió un patrimonio afecto a la rama de actividad (negocio del petróleo) como unidad capaz de funcionar por sí misma sin que resultaran garantizados los créditos de los acreedores de la sociedad transmitente, puesto que los acreedores vieron reducidas sus garantías patrimoniales con la salida de activos y la sociedad deudora quedó sin patrimonio con que responder, en fraude de sus acreedores, como luego resultó acreditado por la suspensión de pagos de Ercros.

Este tribunal, en esas sentencias, concluyó que ambas sociedades produjeron con tales actuaciones un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, claramente preocupado por evitar los efectos perjudiciales de las insolvencias, efectos provocados por

los mismos deudores (artículos 1111 y 1291.3 del Código Civil), así como el daño que a la protección del crédito puede provocar este tipo de operaciones de transmisión patrimonial en bloque.

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

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

Esta transmisión del negocio bancario de una a otra entidad fue comunicada a los clientes sin informarles sobre las pretendidas limitaciones que Caixabank invoca. Las cláusulas del contrato celebrado entre Bankpime y Caixabank en las que este pretende fundar las limitaciones que impedirían a los clientes ejercitar contra él las acciones derivadas de los contratos enmarcados en el negocio bancario transmitido, eran desconocidas para los clientes de Bankpime que pasaron a serlo de Caixabank con base en la transmisión operada, como es el caso de los demandantes.

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

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

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

Esta interpretación, respetuosa con la protección del crédito y de los legítimos derechos de la clientela que impone el orden público económico y con la previsión de que los contratos solo producen efectos entre las partes y sus causahabientes, es la única que respeta las exigencias de los arts. 1255 y 1257 del Código Civil, invocados como fundamento del motivo del recurso de casación.

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

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

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

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

2.- Los demandantes adquirieron los bonos de General Motors porque Bankprime los comercializaba y se los ofertó. No consta si los bonos adquiridos por los demandantes habían sido emitidos directamente por General Motors para esa operación o si fueron transmitidos por un anterior titular.

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

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

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

El inversor paga el precio del producto a la empresa de inversión de la que es cliente. La empresa de inversión le facilita el producto financiero que comercializa (que usualmente queda custodiado y administrado por la propia empresa de inversión, de modo que la titularidad del cliente se plasma simplemente en un apunte en su cuenta de valores

administrada por tal empresa de inversión) y esta obtiene un beneficio por el margen que carga sobre el precio que abonó por la adquisición del producto.

5.- En estas circunstancias, ha de reconocerse legitimación pasiva a la empresa de inversión que comercializa el producto de inversión, en este caso un banco, para soportar la acción de nulidad del contrato por el que el cliente obtuvo el producto y, en caso de condena, debe restituir al cliente la prestación consistente en el precio que este pagó por la adquisición del producto.

6.- Esta solución es la más adecuada a la naturaleza de la acción ejercitada y a la intervención que los distintos sujetos tienen en el negocio, habida cuenta de que el elemento determinante de la existencia de error vicio es, en estos casos, el déficit de información del cliente provocado porque la empresa de inversión que actúa como comercializadora ha incumplido las obligaciones de información sobre la naturaleza y los riesgos del producto de inversión que le impone la normativa sobre el mercado de valores.

7.- Además, si aceptáramos la tesis de la entidad bancaria recurrente, estaríamos privando en la práctica al cliente minorista de la posibilidad de ejercitar la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento, puesto que le es muy difícil, por lo gravoso, cuando no imposible, ejercitarla contra una entidad emisora ubicada en un Estado extranjero o contra un anterior titular del que desconoce la identidad, que puede estar domiciliado también en un Estado extranjero, y que ninguna intervención ha tenido en la causación del error vicio al comprador, pues la obligación de información no recaía sobre él sino sobre la entidad bancaria que comercializó el producto, de la que el demandante es cliente.”

También resulta de interés reseñar los razonamientos que a continuación se añaden en la citada resolución respecto de la cesión de la posición contractual de Bankpime en el negocio bancario:

“1.- Caixabank argumenta en su recurso que, incluso en el caso de que se hubiera considerado que Bankpime tuvo en su día legitimación pasiva para soportar la acción de nulidad por su intervención en el contrato por el que los demandantes adquirieron los bonos

de General Motors, Caixabank no tiene tal legitimación porque cuando se suscribió el contrato de transmisión del negocio bancario de Bankpime a Caixabank, el contrato de compraventa de los bonos estaba consumado, al ser un contrato de tracto único, cuyas prestaciones estaban ya realizadas en el momento de la transmisión del negocio bancario de Bankpime a Caixabank.

Este argumento tampoco puede estimarse, por las razones que a continuación se exponen.

2.- Bankpime y Caixabank articularon formalmente la transmisión por el primero al segundo de «su negocio bancario como unidad económica» como una transmisión de activos y pasivos propios de tal negocio bancario, en la que se enmarcaba la cesión de los contratos suscritos por Bankpime con sus clientes.

3.- Es cierto que la jurisprudencia de esta sala ha afirmado que para que se produzca la cesión de un contrato es preciso que este sea un contrato con prestaciones sinalagmáticas que no hayan sido cumplidas todavía. Pero el negocio celebrado entre Bankpime y Caixabank ha de ser analizado en su totalidad, sin descomponerlo artificialmente, para decidir si Caixabank está legitimado pasivamente para soportar las acciones relativas al contrato que en su día celebraron los demandantes con Bankpime.

4.- La Audiencia Provincial, al reproducir y asumir lo declarado sobre esta cuestión por otras Audiencias, consideró que se trató de una transmisión global, por Bankpime a Caixabank, de determinada posición jurídica y del conjunto de efectos contractuales que dimanaban de esa posición jurídica, sin posibilidad de descomponerla en diferentes negocios transmisivos.

5.- La tesis de la Audiencia Provincial se considera correcta. El negocio jurídico celebrado por las dos entidades bancarias no tenía por finalidad la cesión de determinados contratos celebrados por Bankpime, sino la transmisión de su negocio bancario (que era la actividad propia de su objeto social) como una unidad económica. En el marco de esa transmisión del negocio bancario como unidad económica, Bankpime se desprendió de los elementos patrimoniales necesarios para el desenvolvimiento del negocio bancario, que

transmitió a Caixabank, incluida la cesión de los contratos celebrados con sus clientes, y poco después renunció a la autorización para operar como entidad de crédito.

6.- La causa de la cesión de los contratos bancarios por Bankpime a Caixabank es justamente la transmisión del negocio bancario como una unidad económica, en cuya operación se enmarcaba y adquiriría sentido. La particularidad de esa causa de la cesión de los contratos trae como consecuencia que tal cesión de contratos prevista en el contrato de transmisión del negocio bancario incluyera tanto los créditos, derechos y, en general, posiciones activas de la entidad bancaria transmitente respecto de sus clientes, como las obligaciones, responsabilidades y, en general, posiciones pasivas de dicha entidad frente a sus clientes. Entre ellas está la de soportar pasivamente las acciones de nulidad de los contratos celebrados por Bankpime con sus clientes y restituir las prestaciones percibidas en caso de que tales acciones fueran estimadas.

Esta conclusión se ve reforzada en este caso por la íntima relación existente entre el contrato de adquisición de los bonos y el contrato de custodia y administración de los mismos, de ejecución continuada, celebrados entre los demandantes y Bankpime.

7.- De haberse tratado de una simple cesión individual de contratos (que, por otra parte, era incompatible con que la causa de tales cesiones fuera la transmisión del negocio bancario como unidad económica), tal cesión debería haber sido consentida por cada uno de los clientes, a los que se debería haber informado de los términos en que se había producido la cesión y haber recabado la prestación de su consentimiento.

Sin embargo, solo se informó a los clientes de la transmisión del negocio bancario y la sustitución de Bankpime por Caixabank, como hecho consumado, sin comunicarles las pretendidas limitaciones de los derechos de los clientes frente al cesionario de los contratos ni solicitarles que consintieran la cesión, en esos términos, del contrato o contratos que les vinculaba a Bankpime.

8.- Por tanto, la transmisión por Bankpime a Caixabank de su negocio bancario como unidad económica y, como elemento integrante de dicha transmisión, la sustitución de Bankpime por Caixabank en la posición contractual que aquel ostentaba frente a cada uno de

sus clientes del negocio bancario, justifica que estos pudieran ejercitar contra Caixabank las acciones de nulidad contractual, por error vicio, respecto de los contratos celebrados por Bankpime con su clientela antes de la transmisión del negocio bancario, sin perjuicio de las acciones que Caixabank pueda ejercitar contra Bankpime para quedar indemne frente a esas reclamaciones, conforme a lo previsto en el contrato celebrado entre ambos bancos.”.

En su consecuencia, Caixabank está legitimada pasivamente en este procedimiento. Y como también razona la Sección 8 AP Madrid en su sentencia de 17 de enero de 2018 -en la que, tras poner de relieve su postura ya expresada en sus anteriores sentencias de 28 de julio de 2016 y 26 de julio de 2017 reconociendo la falta de legitimación pasiva de la demandada Caixabank, invoca la citada STS de 29 de noviembre de 2017-, ninguna relevancia tiene que actualmente siga operando la entidad cedente -Bankpime- en el tráfico jurídico, aun con otra denominación y distinto objeto social -Ipme 2012-, o esté en concurso, porque ello no resta un ápice de legitimación pasiva en esta litis a la entidad que adquirió la totalidad del negocio bancario de aquélla, subrogándose en los contratos celebrados y asumiendo su posición en los mismos. Todo ello, sin perjuicio de la acción de repetición que pueda competer a Caixabank frente a su cedente y con base en los pactos contractuales celebrados entre ellas. Asimismo, la Sección 20 AP Madrid en sentencia de 30 de diciembre de 2016 expresa: “sin que puedan acogerse las alegaciones que formula la apelante en la alegación sexta del recurso, referidas a que el derecho a ser indemnizado por los demandantes deba calificarse como crédito concursal por el hecho de que Bankpime haya sido declarada en concurso después de operada la cesión de la que se deriva la legitimación pasiva de la demandada. Cedido el negocio bancario por Bankpime a Caixabank, es ésta quien debe responder frente a quienes contrataron con la primera, que dejó de ser parte de la relación jurídica inicial, tal como comunicaron ambas entidades a los demandantes, por lo que como sostiene la parte apelante en nada se ha visto afectado su crédito por la declaración de concurso de la cedente, después de haberse producido la cesión.”.

Cabe añadir sobre esta cuestión que, ya en la alzada, se alegó por la demandada Caixabank como hecho nuevo o de nueva noticia que la Administración Concursal de IPME 2012, S.A. (antes BANKPIME) ha sido autorizada a iniciar una negociación con los acreedores de Bankpime, entre los que se encuentra la parte demandante en este procedimiento, solicitando que se le de el trámite previsto en el art. 286 LEC y que se

notifique la pendencia del procedimiento a la Administración Concursal de Ipme 2012 S.A. para que tenga constancia de que el crédito litigioso se está reclamando asimismo en el presente procedimiento; lo que se denegó por auto de la Sala de 6 de noviembre de 2017 confirmado por auto de 9 de enero de 2017. Y la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2017 señala la “irrelevancia de la alegación de «hecho nuevo». (...) En todo caso, que en el concurso de una tercera entidad, Ipme 2012 S.A., se autorice a la administración concursal para que negocie acuerdos con acreedores titulares de créditos litigiosos (cuya identidad, por otra parte, ni siquiera se concreta) es un hecho absolutamente irrelevante para decidir si Caixabank está legitimada pasivamente en el presente litigio. La cuestión es tan obvia que no necesita de explicaciones adicionales.”

Consideraciones que el Tribunal Supremo reitera en su sentencia de 1 de febrero de 2018. Por cuanto antecede el motivo se estima.

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

CUARTO.- Caducidad de la acción

La apelada demandada opuso en su escrito de contestación a la demanda la caducidad de la acción de nulidad por vicio en el consentimiento al entender que estaría caducada a la fecha de interposición de la demanda, de conformidad con el plazo de 4 años del artículo 1.301 del Código Civil, pues el contrato quedó consumado desde el momento de su perfección (6 de julio de 2006) y en ese momento se inició el plazo de cuatro años para ejercitar la acción de anulación, con lo que cuando se interpuso la demanda el 23 de julio de 2015 ya había caducado.

La citada STS de 29 de noviembre de 2017 se pronuncia también sobre esta cuestión y recuerda que:

“1.- Esta sala ha tratado la cuestión de la caducidad de las acciones de anulación por

error vicio de los contratos relacionados con los productos o servicios financieros complejos y de riesgo en sentencias como las 769/2014, de 12 de enero de 2015, 376/2015, de 7 de julio, 489/2015, de 16 de septiembre, 435/2016, de 29 de junio, 718/2016, de 1 de diciembre, 728/2016, de 19 de diciembre, 734/2016, de 20 de diciembre, 11/2017, de 13 de enero, y 130/2017, de 27 de febrero entre otras. Se trata por tanto de una jurisprudencia asentada y estable. En estas sentencias, a las que nos remitimos para evitar extensas transcripciones, hemos declarado que en las relaciones contractuales complejas, como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones positivas o de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error.”

Criterios que, aplicados al presente supuesto y puestos en relación con la naturaleza del contrato en cuestión, nos llevan a desestimar la excepción. La tesis que fundamenta el alegato formulado, consistente en que el contrato quedó consumado en el momento de su perfección y en ese momento se inició el plazo de cuatro años para ejercitar la acción de anulación, queda descartada, pues no se ajusta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la fecha inicial del plazo de caducidad de este tipo de acciones.

Por otra parte, en cuanto al día inicial del plazo, aunque los rendimientos de los bonos dejaron de percibirse en agosto de 2009, entendemos que el apelante no pudo alcanzar la comprensión cabal y real de las características y riesgos del producto de inversión adquirido y por tanto de la existencia de su error sino, tras dejar de percibir también rendimientos en agosto de 2010, y llegado día de su vencimiento en agosto de 2011 constatar que no podía recuperar su importe.

Como esta Sección 11 AP Madrid ha tenido ocasión de manifestar en sentencia de 24 julio de 2017 (rollo de apelación 829/16), “no cabe identificar necesariamente el

momento en que la contratante que denuncia la nulidad haya podido alcanzar la real comprensión de las características y riesgos de la inversión con la no percepción en noviembre de 2008 del cupón correspondiente a la primera anualidad del contrato, ni con la bajada de la cotización del subyacente en el Bono autocancelable a Diciembre de 2008. Las oscilaciones en la cotización pueden ser puntuales, no han de ser necesariamente perdurables, y mucho menos definitivas, y sólo cuando se constata una tendencia muy continuada es posible comprender la naturaleza y alcance del riesgo asumido”.

En el presente caso, aunque los beneficios de los bonos se dejan de percibir en agosto de 2009 y se mantuviera la pérdida del valor del bono no recibiendo beneficios en agosto de 2010, puede entenderse perfectamente que un inversor no advertido o incurso en error no diera por definitiva la consolidación del riesgo de pérdida del capital hasta que tuvo lugar el vencimiento de los bonos en agosto de 2011 constatando que no iba a recuperar su importe.

Por ello la acción de nulidad ejercitada mediante demanda presentada el 23 de julio de 2015 no puede considerarse incurso en caducidad.

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

El actor, como titular de 8 Bonos AISA, con un valor nominal de 8.000 euros, adquiridos mediante orden de compra de 6 de julio de 2006, ejercita acción principal de nulidad/anulabilidad del contrato por error en el consentimiento en el momento de la contratación por falta de información.

En referencia al producto bancario denominado Bonos AISA, nos remitimos al Documento num. 2 de la demanda, Orden de Compra, en el cual constan las siguientes menciones:

- Descripción del Valor: Aisa 08/11 5% BO - Efectivo: 8.000
- 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.

La rentabilidad del producto se realiza por medio de la operación financiera determinada por el Banco de España para las operaciones bancarias, según las normas del anexo 5 de la Circular de Banco de España N° 8/90 de 7 de septiembre BOE n° 226 de 20 de septiembre del 1990.

Respecto de la concurrencia de los presupuestos para exigir la anulabilidad por vicio en el consentimiento ejercitada con carácter principal, como las normas reguladoras del mercado de valores imponen un especial deber de información a las empresas autorizadas para actuar en ese ámbito, resulta paladino que incumbía a la entidad bancaria, conforme a las reglas de onus probandi ex artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acreditar que cumplió su deber de información clara, precisa y detallada, asegurándose de que el cliente comprendía el funcionamiento del producto y riesgos asumidos, y hacerlo en los términos que señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que no puede ser de mera disponibilidad, sino de informar activamente y de manera clara, veraz y detallada sobre las características y riesgos del producto.

Y ello partiendo como premisa de que la relación jurídica existente entre el inversor y la entidad bancaria era de asesoramiento y no de mera comercialización, pues como indica la STS de 20 de enero de 2014, en base a la STJUE de 30 de mayo de 2013 “la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en sí, sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente”, y esta valoración debe realizarse conforme a los criterios de las Directivas 2004/39/CE y 2006/73/CE, o sea, como “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”, y se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada por la entidad financiera a un cliente inversor “que se presente como conveniente para el cliente o se base en consideración de sus circunstancias personales”.

Por otra parte, como señala, entre otras, la SAP Barcelona Sección 16 de 5 de mayo

de 2016, para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por el demandante y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición.

Partiendo de lo indicado, los servicios prestados por la entidad bancaria al demandante, en la operación aquí analizada, han de incluirse dentro de los servicios de asesoramiento en materia de inversión, aunque no se formalizara por escrito, pues como indica la parte actora, y dicho extremo no ha sido desvirtuado por la demandada, que es a quien corresponde acreditar que se cumplieron las obligaciones que impone la legislación reguladora del sector, la suscripción de los bonos aquí analizados fue ofrecida y recomendada por personal de la entidad por la que se subrogó la aquí demandada, que le presentó el producto como conveniente para él, en base a la consideración de sus circunstancias personales, tratándose de un producto respecto del que no consta que existiera publicidad alguna a través de canales de distribución o destinada al público, de modo que solo podrán ser conocidos por la recomendación de los empleados de la entidad financiera.

SEXTO.- Para comprobar el grado de cumplimiento de las obligaciones correspondiente a la entidad bancaria conforme al marco normativo vigente en julio de 2006, importa recordar que venía constituido por la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores en la versión entonces en vigor, el Real Decreto Legislativo 629/1993, y la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995; el hecho de que no se hubiera traspuesto a nuestro ordenamiento de Directiva 2006/39/CE no equivale a que no fuera exigible a las entidades bancarias el deber de informar y actuar en defensa de los intereses de sus clientes, con normas de conducta similares a las después previstas en la Ley 47/2007, de 19 de diciembre.

Así, el artículo 79 de la Ley 24/1988, y códigos de conducta aprobados por el Gobierno en desarrollo y el Ministerio de Economía a propósito de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, exigían que las empresas de servicios de inversión, entidades de crédito y las personas o entidades que intervengan en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, se atuvieran a los

principios y requisitos que el precepto señala, y que en lo ahora de interés son: a) comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado, b) desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de sus clientes como si fuesen propios, c) asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados, d) 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.

El Anexo del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores, regulador del código de conducta, establece en su artículo 4-1 que las entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando ésta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer, señalando en su artículo 5 que estas 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 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...”; por su parte la Orden de 25 de octubre de 1995 exige que la información sea “clara, concreta y de fácil comprensión.”.

Además debe tenerse en cuenta la normativa general en materia de consumo, en cuanto el aquí demandante tiene la consideración legal de consumidor.

La doctrina legal es contundente a la hora de insistir en relación al deber de información de las entidades financieras. Cabe citar como muestra las SSTs de 15 de septiembre de 2015, 13 de noviembre de 2015, 15 de julio de 2016, 30 de septiembre de 2016.

SEPTIMO.- En la proyección de la normativa y doctrina jurisprudencial expuesta al caso de autos, lo cierto es que del análisis de la documental aportada, no se permite deducir que la demandada ofreciera la información adecuada y completa sobre las

características, funcionamiento, expectativas y riesgo del producto, ni que se evaluase debidamente su idoneidad para la inversión pretendida en atención a las concretas circunstancias del cliente, considerando su perfil, jubilado, minorista y sin conocimientos financieros, sin que la orden de suscripción que se acompaña como documento nº 2 de la demanda contuviera datos que permitieran identificar las características del producto y sus riesgos.

En otro orden, el defecto de información parece más evidente cuando tras denominarse el contrato celebrado de "compraventa con pacto de recompra de activos financieros negociados", que era lo que dotaba de carácter seguro al producto, y referir en su condición general primera que «1. En la Fecha Valor, el Banco, con capacidad para actuar en el mercado en el que se negocian los activos financieros objeto del presente contrato, venderá al Titular dichos activos financieros por el precio indicado en el Efectivo de Compra y en la Fecha de Recompra. El Banco estará obligado a recomprar y el Titular a revender la totalidad de dichos activos financieros por el medio indicado en el Efectivo de recompra», no se estipula un precio y una fecha de recompra, lo que evidencia que la orden de suscripción no cumple con los requisitos de concreción, claridad y sencillez en la redacción, ni es de fácil comprensión al alcance de todo tipo de consumidor minorista.

Según se expresa en las sentencias de Pleno del TS núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, 460/2014, de 10 de septiembre, y 769/2014 de 12 enero de 2015, el incumplimiento por las empresas que operan en los mercados de valores de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes puede incidir en la apreciación del error, y más concretamente que sea esencial y excusable.

Como señala la SAP Madrid, Sección 18, de 9 de mayo de 2017 “La formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo que confiere especial importancia a la negociación previa y a la fase precontractual, en que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal

manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responde a su voluntad negocial. El problema se desplaza en este estadio a elucidar si ese error es imputable a quien lo padece y no ha podido ser evitado mediante el empleo por el que lo sufrió de una diligencia media o regular, teniendo la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino también de la otra parte contratante cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o la conducta de éste (SSTS de 6-6-1953, 27-10-1964 y 4-1-1982 , entre otras), es decir, que el error sea excusable, entendida esa excusabilidad en el sentido de inevitabilidad del mismo por parte de quien lo padeció, requisito no mencionado nominatum en el Código Civil, pero deducible de los principios de autoresponsabilidad y buena fe (art. 7 del mismo texto legal).”

La sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10-9-2014 declara: "Cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento impone a una de las partes un deber de informar clara y detalladamente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, en la promoción y oferta de sus productos y servicios para que el potencial cliente puede adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (artículo 12 Directiva y 5 del anexo del Real Decreto 629/1993, de 3 de Mayo), en tal caso la omisión de esa obligación o la facilitación de una información inexacta incompleta, poco clara o sin la anticipación suficiente determina que el error de la contraparte ha de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que impone el ordenamiento jurídico. En definitiva, lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratados y concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente que lo contrata una representación mental equivocada sobre las características esenciales del objeto del contrato, debido al incumplimiento por las empresas de inversión demandadas de los deberes de información que les impone la normativa de mercado de valores".

En consecuencia, el incumplimiento por la entidad financiera del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a su cliente, y en concreto

sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error del demandante sea excusable. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba.

Lo que precede determina la declaración de nulidad de la compra de bonos con los efectos legales del art. 1303 del Código Civil y por ello con restitución por parte de la demandada del importe invertido por el actor de 8.000 euros más sus intereses legales desde la contratación, debiendo simultáneamente el demandante reintegrar a Caixabank S.A. el importe de los rendimientos percibidos por los bonos con sus intereses desde la fecha o fechas de su percepción; sin que proceda la reclamación por «gastos de custodia directamente vinculados a estos valores a concretar en ejecución de sentencia», por tratarse de un gasto no justificado en el procedimiento.

OCTAVO.- Respecto de las costas de la primera instancia, tratándose de un supuesto de estimación sustancial de la demanda, procede su imposición a la demandada. Sin expreso pronunciamiento sobre las de la segunda instancia en méritos de la estimación del recurso. Art. 394 y 398 LEC.

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

III.-FALLAMOS

SE ESTIMA el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. CARLOS contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 81 de Madrid, dictada con fecha 20 de diciembre de 2016, y en consecuencia, **REVOCAMOS** la citada resolución, y por la presente: Se estima sustancialmente la demanda formulada por D. CARLOS frente a CAIXABANK S.A., declarando la nulidad del contrato de compra de fecha 6 de julio de 2006 de 8 bonos AISA FERGO, y condenando a la citada demandada a reintegrar al demandante la suma de OCHO MIL EUROS (8.000 euros), con el interés legal de la misma desde la fecha del citado contrato de compra; con simultáneo descuento de los

rendimientos o cupones recibidos desde la inversión, si los hubiera, con sus intereses legales desde la fecha de los respectivos abonos, a liquidarse en ejecución de sentencia. La suma resultante devengará el interés del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la sentencia de la primera instancia hasta la restitución del importe. Con imposición a la demandada de las costas de la primera instancia; y sin expresa imposición de las costas devengadas en esta alzada.

La estimación del recurso determina **la devolución del depósito** constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2578-0000-00-0172-17, 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