

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Novena

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

Tfno.: 914933935

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0014282

Recurso de Apelación 915/2017 -5

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 50 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 91/2015

Apelante: [REDACTED]

PROCURADOR: D. MARIANO DE LA CUESTA HERNÁNDEZ

Apelado: “CAIXABANK, S.A.”

PROCURADOR: D. JAVIER SEGURA ZARIQUIEY

SENTENCIA Nº

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JOSÉ ÁNGEL MORENO GARCÍA

D. JOSÉ MARÍA PEREDA LAREDO

Dña. MARÍA PILAR PALÁ CASTÁN

En la Villa de Madrid, a ocho de marzo de dos mil dieciocho.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, los autos de Juicio Ordinario nº 91 /2015, procedentes del Juzgado de Primera Instancia Nº 50 de Madrid, a los que ha correspondido el Rollo de apelación nº 915 /2017, en los que aparecen como partes: de una, como demandante y hoy apelante [REDACTED] representado por el Procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández; y, de otra, como demandado y hoy apelado “CAIXABANK, S.A.”, representado por el Procurador D. Javier Segura Zariquiey; sobre reclamación por incumplimiento de las obligaciones contractuales de recompra de bonos, y subsidiariamente, que se declare nula la orden de compra.

SIENDO MAGISTRADO PONENTE EL ILMO. SR. D. JOSÉ ÁNGEL

MORENO GARCÍA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida; y

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia N° 50 de los de Madrid, en fecha cinco de junio de dos mil diecisiete, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “**FALLO.-** Que desestimando la demanda formulada por [REDACTED] representado por el Procurador D. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ contra CAIXABANK, S.A. representada por el Procurador D. JAVIER SEGURA ZARIQUIEY, debo absolver y absuelvo a la parte demandada de las pretensiones ejercitadas por la parte actora, sin hacer expresa imposición de costas.”.

SEGUNDO.- Notificada la mencionada sentencia por la representación procesal de la demandante, previos los trámites legales oportunos, se interpuso recurso de apelación, el cual le fue admitido, y, dándose traslado del mismo a la contraparte, se opuso a él al tiempo que planteaba la existencia de un hecho nuevo., elevándose posteriormente las actuaciones a esta Superioridad, previo emplazamiento de las partes, ante la que han comparecido en tiempo y forma bajo las expresadas representaciones, substanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Respecto a la existencia del hecho nuevo de especial relevancia planteada por la parte apelada en su escrito de oposición, se dio traslado a la apelante por plazo de cinco días presentando ésta escrito en el que se oponía a la ampliación; resolviendo este Tribunal por Auto de 21/11/2017 la unión a las actuaciones de la copia del auto judicial aportado por la apelada y denegando la solicitud de comunicación de la pendencia de este recurso al Juzgado Mercantil de Barcelona.

No estimándose necesaria la celebración de vista pública, se procedió a señalar par que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo del presente recurso la audiencia del día siete de marzo del año en curso.

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- No se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia, que han de entenderse sustituidos por los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- Son hechos de los que ha de partirse para resolver el recurso de apelación los siguientes que han quedado acreditados en los autos:

1º) El actor [REDACTED] era cliente de la entidad BANKPIME, habiendo procedido dicha entidad a ofrecer al actor los bonos AISA que fueron emitidos por la entidad AISA FARGO S.A., habiendo procedido el actor a suscribir 10 bonos por importe de 1000 € cada uno de ellos, el 17 de septiembre de 2007.

2º) Como consecuencia de la suscripción de dichos bonos la entidad emisora se comprometía al pago de un 5% de interés durante un período de 5 años, habiéndose abonado solo los intereses de los dos primeros años, y con una obligación de recompra al transcurrir el plazo de 5 años.

3º) Mediante contrato privado de compraventa de negocio de fecha 29 de septiembre de 2011 que fue elevado a público mediante escritura de 1 de diciembre de 2011, Bankpyme transmitió los activos y pasivos que conforman su negocio bancario,

incluyendo la intermediación de valores, depositaria y custodia, así como su gestora de fondos, si bien en dichos contratos se recogía que el comprador no adquiriría ni asumía ningún pasivo del vendedor distintos de los expresamente asumidos en la cláusula 2.2, en particular se excluyen de la operación contemplada en el presente contrato y constituyen pasivos contingentes, tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales.

TERCERO.- En el escrito de apelación se impugna la sentencia dictada en primera instancia en la que se estimó la falta de legitimación pasiva de CAIXABANK, alegando en el escrito de apelación que del contrato suscrito en su día entre la entidad Bankpime y Caixabank, se deduce que existió una sucesión universal de la entidad apelada en la posición de Bankpime, siendo este el criterio que ya se ha venido manteniendo por distintas resoluciones de las audiencias provinciales.

Si bien sobre esta cuestión, existían resoluciones judiciales contradictorias de los juzgados y tribunales, esta Sección en sentencia de 21 de febrero de 2018, en un supuesto como el presente, ha estimado la legitimación pasiva de la entidad financiera, de acuerdo con la doctrina recogida en la STS del Pleno de la Sala 1ª de 29 de noviembre de 2017 contemplando un supuesto prácticamente idéntico, con la salvedad de tratarse de una inversión en otros bonos pero que, “mutatis, mutandi”, dicha doctrina es aplicable al presente caso.

La citada sentencia del Tribunal Supremo señala:

“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

Bankpyme, ceder a Caixabank los contratos celebrados por Bankpyme 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 Bankpyme, 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 Bankpyme 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 Bankpyme 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 Bankpyme, 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 Bankpyme, la cesión global de los contratos celebrados por Bankpyme con sus clientes como elemento integrante de la transmisión del negocio bancario, como unidad económica, de una a otra entidad, la transmisión de la posición jurídica que el cedente tenía en los contratos celebrados con los clientes en el desenvolvimiento del negocio bancario transmitido ha de considerarse plena.

No es admisible, que es lo que supone en la práctica la pretensión de

Caixabank al amparo de dicha cláusula, porque tal pretensión implica la defraudación de los legítimos derechos de los clientes bancarios, al privarles de las acciones que pueden ejercitar con base en los contratos celebrados con el banco del que han pasado a ser clientes en virtud de la transmisión del negocio bancario realizado y que ha asumido la posición contractual del banco cedente. De aceptarse la tesis de Caixabank se llegaría al absurdo de que, aun cuando la transmisión del negocio bancario fue global, algunas relaciones jurídicas con algunos clientes que pasaron a ser de Caixabank, retornarían a Bankpime por el solo hecho de resultar conflictivas o inconvenientes para Caixabank, y ello en virtud de una cláusula oculta para esos mismos clientes y pese a haber dejado de operar Bankpime en el negocio bancario.

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

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”.

Señalando dicha sentencia que es doctrina legal que dicho tribunal ha reconocido 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. Como se dice en las sentencias 769/2014, de 12 enero, 625/2016, de 24 de octubre, y 718/2016, de 1 de diciembre, y 477/2017, de 20 de julio.

Debiendo por lo tanto reconocerse legitimación pasiva de la entidad CAIXBANK, como consecuencia de su subrogación en la situación de BANKPIME, en virtud de la sucesión universal de dicha entidad, en todos los derechos y obligaciones que la entidad Bankpime tenía con sus clientes, como consecuencia del contrato de

cesión suscrito por dichas entidades fecha 29 de septiembre de 2011 que fue elevado a público mediante escritura de 1 de diciembre de 2011, debiendo por lo tanto reconocerse a la demanda legitimación pasiva en orden a las acciones ejercitadas por el actor, como consecuencia de los bonos AISA que fueron objeto de comercialización por la entidad bancaria.

CUARTO.- No se discute en los autos la suscripción de los bonos AISA por el actor y apelante, siendo el único documento que se aporta a fin de acreditar su adquisición el documento aportado a los autos, como documento N ° 5 de los autos, folios 53 y 130 de los autos, en el que se recoge la orden de compra por valor de 10.000 €, el tipo de interés del 5 %, recogiendo en su reverso las condiciones generales, y de las que parece deducirse que era el propio banco el que se obligaba a recomprar los bonos, e igualmente se obligaba a gestionar los activos integrantes de la inversión .

En primer lugar y a los efectos de determinar si Bankpime ejercitó o no una actividad de asesoramiento financiero debe examinarse la naturaleza del producto adquirido.

Los bonos fueron emitidos por la entidad ACTIVIDADES E INVERSIONES INMOBILIARIAS S.A, que llevo a cabo una primera emisión en el año 2001, con vencimiento en el año 2006, y dado que a su vencimiento la sociedad no pudo hacer frente a pago, se volvieron a emitir nuevos s bonos, por un valor nominal de 1.000 € con vencimiento 14 de agosto de 2011, habiendo asumido Bankpime la colocación del producto, percibiendo una comisión de colocación y constando que Bankpime procedería a su colocación "entre los inversores en general, de los bonos emitidos conforme el folleto de emisión, a cuyo efecto utilizará sus medios habituales de distribución".

Los bonos AISA fueron emitidos con la finalidad de conseguir recursos

financieros a cambio de que los compradores percibiesen un interés, y con la posibilidad de recuperar el dinero entregado a la fecha de vencimiento, estableciéndose un pacto de recompra. Dichos bonos deben ser calificados como un producto complejo de alto riesgo, atendido que en función de las oscilaciones del mercado podía comportar la pérdida total del capital inicial invertido, al encontrarse su valor ligado a la solvencia de la entidad financiera emisora. Así, tal y como sucedió finalmente, al vencer el plazo previsto, los actores no pudieron recuperar el dinero porque la emisora se encontraba en situación de concurso de acreedores y no disponía del capital invertido.

QUINTO.- Partiendo de esta naturaleza del producto financiero que fue suscrito por el actor debe procederse al examen de las distintas acciones ejercitadas en la demanda, habiéndose ejercitado con carácter principal la acción de incumplimiento en base al artículo 1124 del C.Civil, por entender que el producto que suscribió el actor es un contrato de préstamo y que por lo tanto en su condición de prestatario, el banco que adquirió los fondos derivados del citado contrato, estaba obligado a la devolución del principal con el interés pactado del 5%.

Ahora bien, como se recoge en el fundamento de derecho anterior los bonos, hecho no discutido en los autos no fueron emitidos por BANKPIME, sino por la entidad ACTIVIDADES E INVERSIONES INMOBILIARIAS S.A, por lo que la entidad obligada al pago del correspondiente rendimiento no es la entidad bancaria, que llevo a cabo labores de asesoramiento y la que procedió a colocar dicho producto financiero entre sus clientes, y en su caso también a la devolución del principal una vez procedido su vencimiento; toda vez que el producto que fue adquirido por el actor no fue un préstamo, como se alega en el escrito de apelación, sino un producto financiero complejo, emitido no por la entidad bancaria sino por un tercero, como es la sociedad AISA, que fue la que en principio percibió el importe de la inversión, por lo que no cabe entender que proceda estimar la acción de incumplimiento, que se ejercita como acción principal en los autos, toda vez si bien la jurisprudencia ha venido reconociendo

legitimación pasiva a las entidades financieras, que han llevado a cabo servicios de asesoramiento con consumidores y usuarios, tal legitimación debe entenderse referida a la posible nulidad del contrato, no tanto del contrato o de la suscripción del producto complejo, sino del contrato de asesoramiento o de esa labor de asesoramiento, que conlleva a la obligación de la entidad financiera a proceder a la indemnización de los daños y perjuicios causados por ese incumplimiento, que da lugar a la nulidad del contrato, pero no a que la entidad financiera que ha llevado a cabo esas labores de asesoramiento y comercialización de productos financieros, deba responder de los incumplimientos de la entidad que emitió los bonos; sin que en modo alguno esta conclusión sea contraria a lo resuelto por esta sala en su sentencia de fecha 21 de febrero de 2018, en la que se confirmó la sentencia de instancia en la que se estimaba una acción de incumplimiento, con los efectos de la nulidad, toda vez que las únicas cuestiones que se plantearon en el recurso de apelación era la falta de legitimación activa de la CAIXA, y la omisión del examen de la caducidad de la acción de nulidad.

SEXTO.- Con carácter subsidiario en la demanda se ejercita la acción de nulidad de la orden de compra de 17 de septiembre de 2017, de 10 bonos AISA FERGO por importe de 10.000 €, alegando el incumplimiento por parte de la entidad bancaria de los deberes de lealtad e información.

Sobre esta pretensión formulada en la demanda, en la contestación a la demanda se alude a que la entidad BANKPIME, no fue parte en el negocio cuya nulidad se insta, habiéndose limitado a una labor de intermediación, limitándose a esa labor de intermediación y de administración y depósito de los bonos, por lo que en modo alguno puede atribuirse la entidad demandada responsabilidad en el incumplimiento del contrato, lo que a juicio de la parte demandada quebrantaría el principio de relatividad de los contratos, recogido en el artículo 1257 del C.Civil, alegando también la caducidad de la acción de nulidad.

La caducidad o decadencia de derechos surge cuando la Ley o la voluntad de los particulares señalan un plazo fijo para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido no puede ser ya ejercitado, refiriéndose a las facultades o poderes jurídicos cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica, nota característica que la diferencia de la prescripción, pues así como ésta tiene por finalidad la extinción de un derecho ante la razón objetiva de su no ejercicio por el titular, y a fin de evitar la inseguridad jurídica, en la caducidad se atiende sólo al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del plazo prefijado, hasta el punto de que puede sostenerse en realidad que es de índole preclusiva, al tratarse de un plazo dentro del cual, y únicamente dentro de él, puede realizarse un acto con eficacia jurídica, de tal manera que transcurrido sin ejercitado impone la decadencia fatal y automática de tal derecho en razón meramente objetiva de su no utilización (S.T.S. 999/1994 de 10 de noviembre y (S.T.S. 41/2009 de 22 de enero.

Ahora bien el dies a quo para el cómputo del plazo de caducidad para ejercitar la acción de nulidad por error del consentimiento, no es desde el momento en que se perfecciona el contrato, sino desde la consumación del mismo, como establece el artículo 1301 del C.Civil, cuando haya existido dolo, error o falsedad de la causa.

En el presente caso dado que se está examinado la nulidad del contrato de suscripción de los bonos, el dies a quo no es el de la firma de la orden de suscripción, sino de la consumación y por lo tanto del agotamiento de los efectos del contrato suscrito por la intermediación de la entidad apelante, en el presente caso de los bonos aisa, y dado que el vencimiento de dichos bonos eran en el mes de agosto de 2011, y dado que la demanda fue presentada en el 23 de enero de 2015, no cabe entender que este caducada la acción de nulidad .

SÉPTIMO.- Es necesario aludir al deber de información en los contratos bancarios por dichas entidades, que se recoge en la sentencia del Pleno de la Sala

Primera del Tribunal Supremo de 18 abril 2013 , tras hacer mención al régimen jurídico que habrá de regir el contrato de gestión de carteras de inversión, a qué se refería el procedimiento del que tuvo conocimiento la repetida sala sentenciadora, recoge el régimen jurídico del deber de información, del que nos interesa destacar la obligación (artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores, tras la reforma), de comportarse la entidad bancaria o crediticia con diligencia y transparencia en el interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado, cuidando los intereses del cliente como si fuesen los propios y asegurándose de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados; precisamente a consecuencia de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la directiva 1993/22/CEE, 10 mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, cuyos artículos 10 a 12 (expresa la sentencia del Tribunal Supremo repetida) exige un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia, e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes; artículos 11 y 12 de la repetida Directiva, que damos por reproducidos.

Como resumen de lo expuesto, concluye la sentencia del Tribunal Supremo el régimen jurídico resultante de la Ley del Mercado de Valores y de la normativa reglamentaria que la desarrolla, interpretadas a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 1993/22/CEE de la que son desarrollo, impone a las empresas que actúan en el mercado de valores, y en concreto a las que prestan servicios de gestión discrecional de carteras de inversión, la obligación de recabar información a sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, y la de suministrar con la debida diligencia a los clientes cuyas carteras de inversión gestionan una información clara y transparente, completa, concreta y de fácil comprensión para los mismos, que evite 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. Deben observar criterios de conducta basados en la imparcialidad, la buena fe, la

diligencia, el orden, la prudencia y, en definitiva, cuidar de los intereses de los clientes como si fuesen propios, dedicando a cada cliente el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos, respondiendo de este modo a la confianza que el inversor deposita en el profesional en un campo tan complejo como es el de la inversión en valores mobiliarios.

"Las indicaciones del cliente sobre su perfil de riesgo y sus preferencias de inversión desempeñan una función integradora del contenido del contrato". "Por eso es fundamental que al concertar el contrato las preguntas formuladas al cliente para que defina su perfil de riesgo y los valores de inversión que pueden ser adquiridos sean claras, y que el profesional informe al cliente sobre la exacta significación de los términos de las condiciones generales referidas a dicho extremo y le advierta sobre la existencia de posibles contradicciones que pongan de manifiesto que la información facilitada al cliente no ha sido debidamente comprendida."

En conclusión - y así finaliza la sentencia del pleno del Tribunal Supremo a que nos estamos refiriendo-, el banco no cumplió el estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo"

En el presente caso debe entenderse que la entidad bancaria realizó una labor de asesoramiento financiero respecto a la contratación de los bonos, por lo que debió cumplir con ese deber de informar debidamente al cliente, pues como establece el art. 63.1.g) de la Ley del Mercado de Valores en la redacción ofrecida por la Ley 24/88 disponía que "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."

Teniendo en cuenta el carácter complejo del producto que se ofertó al actor, que la entidad financiera, en cuya posición sucedió la CAIXA, asumió en la comercialización del producto, debe ser ella la que acredite que le facilitó al actor, su cliente, la información que permitiese conocer las características principales del producto ofrecido, debiendo asimismo comprobar que el cliente no tenía dudas respecto a los riesgos del producto, máxime cuando se trata de un inversor minorista y el producto financiero es complejo, siendo necesario proteger al inversor en su relación con el proveedor de servicios atendida la desproporción entre ambos.

Debe por lo tanto entenderse que la entidad financiera incumplió ese deber de información que le impone la ley del mercado de valores, hasta el punto que asumiendo el deber de recompra de dicho producto no le informó correctamente de los riesgos, que la inversión implicaba, no ya de que no estaban garantizados los rendimientos, sino que incluso podía estar en riesgo el importe total de la inversión, como así ocurrió.

La consecuencia de esa falta de información debe ser la nulidad del contrato con los efectos que establece el artículo 1301 del C.Civil, debiendo la entidad bancaria proceder al pago de la inversión, con los correspondientes intereses legales, debiendo descontarse los rendimientos percibidos por el cliente, con los correspondientes intereses, pues como se recoge en la Sentencia de 16.11.2017, el Tribunal Supremo mantiene la procedencia de descontar del daño indemnizable los cupones cobrados por los clientes, ante la denuncia por la recurrente de la infracción de los arts. 1101, 1106 y 1107 del Código Civil, argumentando que en la liquidación del daño indemnizable debe computarse la eventual obtención de ventaja por parte del acreedor (STS 301/2008, de 8

de mayo), y que el resarcimiento tiene por finalidad retornar el patrimonio afectado a la situación en que se encontraría de no haber mediado incumplimiento alguno, sin procurar una ganancia o enriquecimiento injustificado al perjudicado (SS 552/2011, de 17 de junio y 326/2011, de 9 de mayo), el TS estima el motivo razonando: "Esta sala, en la sentencia 301/2008, de 5 de mayo, ya declaró que la aplicación de la regla «compensatio lucri cum damno» significaba que en la liquidación de los daños indemnizables debía computarse la eventual obtención de ventajas experimentadas por parte del acreedor, junto con los daños sufridos, todo ello a partir de los mismos hechos que ocasionaron la infracción obligacional.

OCTAVO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 394 y el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de la primera instancia se imponen a la entidad demandada, sin hacer expresa condena a las causadas en esta alzada, dado que se ha estimado el recurso de apelación.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

F A L L A M O S: ESTIMANDO la demanda interpuesta por la representación procesal [REDACTED], contra la sentencia de fecha 05/junio/2017 dictada por la Ilma. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia en autos de Procedimiento Ordinario nº 91/2015, SE REVOCA dicha sentencia, y estimando la nulidad de la orden de compra de 17 de septiembre de 2007, se condena a la entidad demandada que abone al actor 10.000 €, e intereses legales desde la fecha de la inversión, y los gastos de custodia vinculados a estos valores, todo ello minorado por los rendimientos obtenidos por la parte actora, con sus correspondientes intereses.

Todo ello con imposición de las costas de primera instancia a la parte

demandada, sin que proceda hacer expresa imposición de las costas de esta alzada; con devolución al recurrente del depósito constituido de conformidad con el punto 8º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación literal al rollo de Sala del que dimana, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Haciéndose saber que contra la misma cabe recurso de casación de acreditarse el interés casacional, que deberá interponerse ante este Tribunal en el término de veinte días desde la notificación de la presente.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico; en MADRID, a veinte de marzo de dos mil dieciocho.

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