

Audiencia Provincial Civil de Madrid Sección Decimotercera c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 3 - 28035 Tfno.: 914933911 37007740	
--	--

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0187321

Recurso de Apelación 606/2017

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 17 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 1192/2015

Apelante: D./Dña. [REDACTED]
PROCURADOR D./Dña. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ
Apelado: CAIXABANK SA

SENTENCIA N° 508/2017

TRIBUNAL QUE LO DICTA

ILMO. SR. PRESIDENTE
D. CARLOS CEZON GONZÁLEZ
ILMOS. SRES. MAGISTRADOS
D. JOSÉ GONZÁLEZ OLLEROS
Dña. MIRIAM IGLESIAS GARCÍA-VILLAR
Siendo Magistrado Ponente **D. JOSÉ GONZÁLEZ OLLEROS**

En Madrid, a veintidós de diciembre de dos mil diecisiete. La Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario sobre nulidad contractual bonos, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de los de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandante-apelante [REDACTED], representado por el Procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández y asistido del Letrado D. Eduardo Rodríguez de Brujón, y de otra, como demandado-apelado CAIXABANK S.A., en situación de rebeldía procesal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 17, de Madrid, en fecha siete de abril de dos mil diecisiete, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. De la Cuesta Hernández en nombre y representación de [REDACTED] frente a CAIXABANK S.A. en situación procesal de rebeldía, debo:

1.- Acordar y acuerdo no haber lugar a realizar los pronunciamientos que se solicitan frente a la demandada

2.- Absolver y absuelvo a la demandada de las peticiones de condena formuladas frente a ella en la demanda

3.- Condenar y condeno a la parte actora al abono de las costas procesales causadas."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, que fue admitido, del cual se dio traslado a la parte apelada, elevándose los autos ante esta Sección en fecha **8 de septiembre de 2017**, para resolver el recurso.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Sección, se formó el oportuno Rollo turnándose su conocimiento, a tenor de la norma preestablecida en esta Sección de reparto de Ponencias, y conforme dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedó pendiente para la correspondiente **DELIBERACIÓN, VOTACIÓN Y FALLO**, la cual tuvo lugar, previo señalamiento, el día **20 de diciembre de 2017**.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las disposiciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación del apelante [REDACTED], actor en primera instancia, se interpone recurso contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez de 1ª Instancia nº 17 de Madrid con fecha 7 de abril de 2.017, desestimatoria de la demanda de nulidad contractual, y subsidiariamente de resolución contractual con indemnización de daños y perjuicios, interpuesta por el referido actor frente a la demandada Caixabank S.A., con base en las alegaciones que luego se expondrán.

SEGUNDO.- En la demanda iniciadora del procedimiento, el actor alegaba, que entre los meses de julio y agosto de 2.006 adquirió Bonos Aisa por importe de 28.000 euros que comercializaba Bankpime S.A., la cual por contrato privado de 29 de septiembre de 2.011 transmitió su negocio bancario y de gestión de fondos a la demandada Caixabank S.A., en la que se encontraban depositados dichos bonos, asumiendo por tanto esta última entidad, por la referida cesión, la responsabilidad dimanante de la adquisición de tales bonos. Que el día 7 de octubre de 2.011 Bankpime, remitió además carta a cada uno de sus clientes para informarles del acuerdo con Caixabank, y el 1 de diciembre de 2.011, remitió otra carta a cada uno de los inversores de Bonos Aisa, para comunicarles igualmente la adquisición del referido negocio bancario. Sin embargo, con fecha 19 de junio de 2.012, la Junta de Accionistas de Bankpime, con la finalidad fraudulenta de asumir las reclamaciones judiciales que pudieran derivarse frente a Caixabank, acordó sustituir el objeto social de la entidad creando IPME 2012 S.A. Añadía que el actor era una persona mayor (87 años), sin conocimientos financieros, que adquirió los Bonos guiado por las recomendaciones de los empleados del Banco que se los presentaron como un

depósito a cinco años, con una rentabilidad atractiva, pero sin información suficiente, y que la demandada, una vez que adquirió el negocio bancario de Bankpime aperturó unilateralmente una cuenta a sus clientes sin respetar además los acuerdos existentes sobre el cobro de comisiones. Añadía, que en la fecha de vencimiento, la demandada no había devuelto a los compradores el precio de los valores o importe de la inversión efectuada, incumpliendo de esta forma el contrato. Que el producto vendido era por tanto un producto de riesgo, sin seguro y no garantizado, que finalmente le supuso la pérdida total de su inversión al producirse la situación de insolvencia de Aisa. Que al tratarse de un producto de inversión, la demandada tenía el deber de informar al cliente conforme disponía la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Ley de los Consumidores. Que junto con la demanda aportaba un Informe pericial, emitido por el jurista D. David Perez-Bustmante y Yabar, doctor en derecho financiero y tributario, y profesor de la Universidad Rey Juan Carlos, sobre el producto adquirido por el actor (Bonos Aisa Fergo), que concluía diciendo, que aunque dichos Bonos fueron comercializados por Bankpime, esta entidad fue luego fue absorbida por Caixabank y por ello la había sucedido en sus derechos y obligaciones. Por todo ello interesaba: 1) Que se declarara la nulidad absoluta o relativa del contrato de adquisición de los 28 bonos Aisa, y se condenara a la demandada al pago de la cantidad de 28.000 euros, más los gastos de custodia a determinar en ejecución de sentencia, así como al pago de los intereses desde la fecha de cargo en cuenta hasta la de su efectivo pago, compensándolos con los intereses percibidos por la actora; y 2) Subsidiariamente, que se declarara el incumplimiento de la demandada de sus obligaciones contractuales y de sus deberes de información, y como consecuencia se declarara resuelto el contrato, con la consiguiente condena de la demandada a la restitución de los 28.000 euros invertidos, más los gastos de custodia y los intereses legales desde la fecha de cargo hasta su efectiva devolución a compensar con los intereses percibidos.

Por Diligencia de Ordenación de 23 de diciembre de 2.015, la demandada fue declarada en rebeldía.

La Juzgadora de instancia, apreciando de oficio la falta de legitimación pasiva de la demandada desestimó la demanda, imponiendo al actor las costas del procedimiento.

TERCERO.- En el Preliminar de los motivos de su recurso, el apelante relata los antecedentes del pleito.

En el primero alega su disconformidad con la apreciada falta de legitimación pasiva de Caixabank, citando al efecto numerosas resoluciones en sentido contrario, en las que se razona que la compraventa del negocio bancario de Bankpime por Caixabank , determinó la transmisión al comprador de todos los activos y pasivos que conformaban el negocio bancario de la transmitente, incluyendo la intermediación de valores, depósitos y custodia de ellos, así como su gestión, estando por tanto legitimada pasivamente la demandada para soportar las reclamaciones que pudieran derivarse de ello, como se desprende del hecho de que la demandada abriera unilateralmente una cuenta corriente al actor, le cobrara comisiones de custodia y mantenimiento, y le remitiera una carta comunicándole la adquisición a Bankpime de dicho negocio.

En el segundo, se refiere a la naturaleza jurídica del producto (Bonos Aisa) como la de un contrato de préstamo con obligación de recompra por la emisora en el tiempo establecido, percibiendo los compradores un tipo de interés, al margen de las vinculaciones entre la entidad comercializadora (Bankpime) y la emisora por pertenecer ambas al mismo grupo de empresas.

CUARTO.- Esta Sala no puede compartir los razonamientos y conclusiones de la Juzgadora de instancia para desestimar la demanda por falta de legitimación pasiva de la demandada y es que como dice la reciente Sentencia del T.S. de 20 de julio de 2.017 en un supuesto similar “*a propósito*

de la legitimación pasiva de la demandada en un supuesto similar que la “legitimación pasiva en las acciones basadas en el incumplimiento o en la imposibilidad de cumplimiento de los contratos de adquisición de productos financieros complejos ofertados por las empresas de inversión, que 1.- El demandante adquirió la Nota emitida por Morgan Stanley porque Caixabank (más exactamente, la sociedad a la que Caixabank sucedió antes incluso de que se confirmara la orden de compra) se la ofertó. La orden de compra fue suscrita entre el demandante y la sociedad de la que Caixabank es sucesora. 2.- Esta sala ha aceptado en ocasiones anteriores la legitimación pasiva de la empresa de inversión, por lo general una entidad bancaria, que oferta a sus clientes un producto de inversión y recibe de estos la orden de compra, cuando estos ejercitan 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. Razones similares justifican la legitimación pasiva de dicha empresa de inversión cuando se ejercita una acción basada en el incumplimiento contractual, que por lo general consiste en una defectuosa información sobre la naturaleza y los riesgos del producto o servicio de inversión, o en la imposibilidad de cumplimiento de la prestación a que tiene derecho el inversor. 3.- Cuando el demandante solo mantiene la relación contractual con la empresa de inversión de la que es cliente y adquiere un producto de inversión que le es ofrecido por esta, el negocio no funciona realmente como una intermediación de la empresa de inversión entre el cliente comprador y la entidad emisora o el anterior titular que transmite, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente de un producto de inversión que el banco se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular y obtiene un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del comisionista. Es más, por lo general el cliente no sabe cómo obtiene la empresa de inversión el producto que le ha sido ofertado, esto es, si la empresa

de inversión lo adquiere directamente del emisor, que en ocasiones está radicado en un país lejano, o lo adquiere de un anterior inversor, que es completamente desconocido para el cliente, en un mercado secundario. El cliente paga el precio del producto a la empresa de inversión de la que es cliente, la cual le facilita el producto financiero (que usualmente queda custodiado y administrado por la 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 obtiene sobre el precio que abonó por la adquisición del producto. 4.- En el presente caso, la peculiar y compleja relación negocial que resulta del contrato suscrito entre Caixabank (más exactamente, la entidad de la que esta es sucesora) y Morgan Stanley configura a aquella más como una distribuidora, que adquiere el producto de Morgan Stanley y lo vende a su vez a sus clientes, que como una mera comisionista. 5.- En estas circunstancias, ha de reconocerse legitimación pasiva a la empresa de inversión para soportar tanto la acción de nulidad como la acción basada en el incumplimiento del contrato por el que el cliente obtuvo el producto, o de una acción en la que se pida la resolución por imposibilidad de cumplimiento y, en caso de condena cuando se ejercita la acción de nulidad, de indemnización de daños y perjuicios o la resolutoria, debe restituir al cliente la prestación consistente en el precio que pagó por la adquisición del producto o indemnizarle en los daños y perjuicios sufridos, según cuál haya sido la acción ejercitada. 6.- Esta solución es la más adecuada a la intervención que los distintos sujetos tienen en el negocio, habida cuenta además de que el elemento determinante del incumplimiento contractual suele ser el déficit de información del cliente provocado por el incumplimiento por la empresa de inversión de las obligaciones de información sobre la naturaleza y los riesgos del producto de inversión que le impone la normativa sobre el mercado de valores. En el presente litigio, aunque se ejercitan alternativamente varias pretensiones,

algunas de ellas se basan en este déficit de información imputado al predecesor de Caixabank como empresa de inversión de la que el demandante era cliente. Y, en todo caso, como se ha dicho, la posición de Caixabank es más la de una distribuidora que adquiere el producto de inversión del emisor del mismo y lo vende a sus clientes, que la de un mero agente de intermediación.

7.- De aceptar la tesis de la entidad bancaria recurrente, se estaría privando en muchos casos al cliente minorista de la posibilidad de ejercitar la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento, la de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento contractual o la de resolución por imposibilidad de cumplimiento de la prestación, acciones que le otorga el ordenamiento jurídico, puesto que con frecuencia no le es posible, por lo gravoso que resulta, ejercitarla contra una entidad emisora ubicada en un Estado extranjero o contra un anterior titular del producto del que desconoce la identidad, que puede estar domiciliado también en un Estado extranjero, y que por lo general no ha tenido intervención en la causación del perjuicio al comprador”.

Pero es que esta misma tesis había sido ya la adoptada por la Sentencia de la Sección 14 de esta misma Audiencia que por su claridad también transcribimos en la que se decía en relación con la Legitimación pasiva que “*En el supuesto del presente recurso son hechos no controvertidos que por los actores-apelantes en fecha 13 de julio de 2006 adquirieronbonos Aisa emitidos por la entidad Fergo Aisa por un importe total de con la intervención de la entidad Bankpime..... Mediante contrato privado de 29 de septiembre de 2011 elevado a escritura pública en fecha 1 de diciembre de 2011.....Banco de la Pequeña y Mediana Empresa S.A. (Bankpime), vende a CaixaBank, S.A., el negocio bancario. En el contrato privado de compraventa en el exponen IV se señala: "Que Bankpime declara que su Consejo, ante la imposibilidad de Bankpime de continuar su actividad bancaria cumpliendo con los requisitos regulatorios de solvencia, ha considerado que la mejor*

alternativa económica disponible es transmitir al Comprador los activos y pasivos que comportan el negocio bancario de Bankpime...", y en el V "Que el Comprador declara estar interesado en adquirir únicamente los elementos patrimoniales que conforman el negocio bancario de Bankpime, incluyendo la intermediación de valores, depositaria y custodia, así como su gestora de fondos, sin sucesión universal, y por un precio superior al valor neto contable de los elementos patrimoniales a transmitir".....En las cláusulas del precitado contrato privado de compraventa, en la primera, referida al "objeto" se señala: "El objeto del presente Contrato es establecer los términos y condiciones bajo los cuales el Vendedor transmitirá al Comprador su negocio bancario como unidad económica (en adelante, el "Negocio Transmitido"), que comprende principalmente y a título enunciativo.....;en la cláusula segunda referida a la "Cesión del negocio transmitido" en el apartado 2.1.3 "El Vendedor cederá al comprador, que asumirá en virtud de tal cesión, la posición contractual del primero, el negocio de depositaria, custodia, intermediación de valores, gestión discrecional de carteras y todas aquellas actividades relacionadas o derivadas del Negocio Transmitido, incluida la llevanza del registro contable de las acciones emitidas por la propia Bankpime".....;y en la cláusula cuarta "Activos y pasivos no cedidos" "El Comprador no asumirá ni adquirirá ningún pasivo del Vendedor distinto de los expresamente asumidos en la Cláusula 2.2 anterior. En particular, se excluyen de la operación contemplada en el presente contrato y constituyen pasivos retenidos por el Vendedor y no transmitidos al Comprador los pasivos contingentes tales como las reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que puedan derivarse de la actividad del Vendedor pasada o futura".....A partir de lo pactado, así como otras pruebas aportadas a las actuaciones, hemos de determinar si la responsabilidad de Bankpime respecto de los actores apelantes, con relación a la adquisición de los bonos Aisa, la legitimación pasiva, tras la cesión del negocio bancario, la ostenta la Caixabank". Y añade "En la demanda, y de

igual modo en los motivos del recurso, se pretende la legitimación pasiva de Caixabank por haberse producido la fusión por absorción, lo que no podemos compartir..... De igual modo, la fusión por absorción exige una serie de requisitos que no se observan en este caso, en el que solo consta la escritura de venta del negocio bancario de BANKPIME, es decir, no se han cumplido los requisitos y presupuestos de los artículos 22 y ss., de la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles. Ahora bien, el que no se haya producido la fusión por absorción no nos puede llevar a excluir la legitimación pasiva de Caixabank, si tenemos en cuenta las peculiaridades de la transmisión de negocio bancario, pues como ha señalado esta Sección 14ª en Sentencia de 1 de marzo de 2017 recurso 828/2016 " Lo que ocurre es que esa venta global de activos se parece más a la escisión parcial, o a una segregación atípica, fuera de las exigencias de los Arts.70 y 71 de la Ley de 3/2009 de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, pues de hecho se segrega y vende el negocio bancario de BANKPIME, que deja de ser banco para ser otro tipo de sociedad, sin cumplir los requisitos exigidos por los Arts. 73 y ss., de la Ley de 3/2009. Desde esta perspectiva la elección del medio para adquirir el negocio bancario sin pasar por las figuras típicas de fusión, escisión, o segregación de sociedades no puede perjudicar al actor, máxime cuando la calculada ambigüedad en la exclusión de pasivos supone que el adquirente puede dejar a su arbitrio, y en perjuicio de acreedores, la responsabilidad derivada de esos pasivos. Por último, interesa destacar que entre lo adquirido figuraban "los activos y pasivos que conforman el negocio bancario, incluyendo la intermediación de valores, depositaría y custodia, así como su gestora de fondos" y lo adquirido por al actor era un producto de inversión aconsejado por BANKPIME que no era ni más ni menos que un producto de renta fija privada. Según la CNMV, los productos de renta fija privada son valores emitidos por las empresas, que reconocen una deuda para la entidad emisora y que cotizan en mercados AIAF. En este caso, lo emitido

eran bonos u obligaciones simples, que dicho sea de paso no tenían especial calificación crediticia: la nota de valores dice que no se ha hecho ninguna evaluación del riesgo de los valores por entidad calificadora alguna, representan una parte proporcional de un préstamo, con obligación de restituir a su vencimiento, con retribución a sus titulares a través de un interés fijo o variable, en este caso fijo del 5%, con pacto de recompra por parte de BANKPIME". En consecuencia, aunque no podemos derivar la legitimación pasiva por haberse producido la fusión por absorción, las peculiaridades de la transmisión del negocio bancario, y la naturaleza de los bonos adquiridos, nos debería de llevar a entender que sí procede apreciar que los actores-apelantes tienen acción para reclamar a la demandada-apelada". A su vez, la legitimación pasiva de Caixabank vendría dada por la doctrina jurisprudencial referida a la cesión de contratos, si tenemos en cuenta el objeto del contrato (transmisión del negocio bancario), en los términos de la cláusula primera, que no es exhaustiva, de ahí la dicción "... y a título enunciativo...", la amplitud de las cláusulas 2.1.3 y 2.2, sin que en la cláusula 4 se efectúe referencia alguna al pasivo objeto de la presente reclamación, y sin que pueda perjudicar a terceros la exclusión genérica que en la misma se efectúa, en los términos trascritos en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución.... A tales efectos hemos de traer a colación Sentencia AP Madrid, Sección 20ª, del 30 de diciembre de 2016..... "esta Sección al examinar un supuesto similar al que constituye objeto de este procedimiento, en la sentencia de 25 de abril de dos mil dieciséis.....asumió el criterio mantenido en jurisprudencia, tanto de la Audiencia Provincial de Madrid, como la de otras Audiencias coincidente con el criterio reflejado en la sentencia de primera instancia, por lo que nuevamente dicha excepción debe desestimarse. Como allí indicábamos, asumiendo el criterio de la Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 6 de noviembre de 2.014, la compraventa del negocio bancario de BANKPIME a CAIXABANK se realizó en sede de un

proceso de reestructuración bancaria motivado por el Real Decreto- Ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero y la imposibilidad de determinadas entidades financieras, entre ellas BANKPIME de cumplir con los requisitos mínimos de capital exigidos por la norma (así se expone en el encabezamiento del contrato suscrito entre ambas entidades el 29 de septiembre de 2011, elevado a público el 1 de diciembre de 2.011) la transmisión a CAIXABANK los activos y pasivos que conformaban su negocio bancario no conlleva la falta de legitimación pasiva de ésta entidad financiera, porque nos hallamos ante una cesión de contratos en la que la entidad adquirente ocupa la posición contractual de la transmitente a todos los efectos respecto de los clientes de esta última, sin perjuicio de las acciones de repetición que quepa ejercitar por la entidad adquirente frente a la mercantil vendedora. El hecho de que ambas entidades concertaran la adquisición de solo determinados activos y pasivos del negocio bancario de la transmitente, así como el que la Orden de 29 de noviembre de 2.011 de la Ministra de Economía y Hacienda autorizara la mencionada transmisión y que BANKPYME, S.A. continúe existiendo en el tráfico jurídico, actualmente denominada IPME, 2.012, S.A., no le priva de legitimación pasiva CAIXABANK, S.A., por cuanto, desde el momento en que ésta pasó a ocupar la posición contractual que la transmitente tenía respecto de los aquí demandantes, pasó a estar legitimada pasivamente ad procesum, para soportar las acciones que éstos pudieran ejercitar con base al contrato inicial, conforme señala el primer párrafo del art. 10 de la LEC, así como también ha de considerársele legitimada pasivamente ad causam, por cuanto la mencionada transmisión de negocio operado entre ambas sociedades conlleva una serie de relaciones jurídicas heterogéneas que son objeto de dicha transmisión, comprendiéndose en el activo, entre otros, la "Cesión del negocio de depositaria, custodia, intermediación de valores, gestión discrecional de carteras y otras actividades relacionadas con el Negocio Transmitido", de

manera que CAIXABANK, S.A. asume y así se lee en el contrato, la posición contractual de BANKPIME, S.A. lo que comporta la transmisión íntegra de las relaciones contractuales en que dicho negocio consiste, así como de tal posición subjetiva negocial que protagonizaba BANKPIME, S.A., sin modificación de la relación jurídica establecida con los actores, que es la que aquí interesa, por los pactos y condiciones sobrevenidas a la misma. Como se indica también en la S.A.P. de Madrid (Sección Décima), de 26 de enero de 2.011 , la de S.A.P. de Castellón (Sección Tercera), de 10 de abril de 2.014 la Audiencia provincial de Castellón (Sección Tercera), de 10 de abril de 2.014 se ha producido un negocio plurilateral que en cuanto tal -es muy importante subrayarlo- "precisa del concurso de voluntades de todos los sujetos implicados, cedente, cesionario y parte contractual cedida", de manera que, la relación negocial seguida entre BANKPIME, S.A. y CAIXABANK, S.A. no supuso, simplemente, la transmisión de la primera a la segunda de derechos y obligaciones aislados, sino entendidos en conexión con una relación recíproca que les da sentido, creando un vínculo de interdependencia entre ellos. Igualmente, esa cesión no sólo comprende derechos y obligaciones, sino también otros efectos jurídicos, como son las acciones de nulidad, rescisión y anulabilidad, así como las facultades de modificación o extinción contractual, es decir, los denominados derechos potestativos. Como también indicábamos en dicha resolución, no es de aplicación a estos supuestos el principio de relatividad de los contratos, establecido en el primer párrafo del art. 1.257 del Código Civil, aun cuando de ello no se desprenda beneficio alguno para la entidad mercantil apelante. Porque, como se ha venido afirmando hasta el momento, un contrato de cesión tiene como consecuencia de la convergencia de voluntades, la asunción por el cesionario, en virtud de la subrogación en la posición contractual del cedente, de las obligaciones pendientes que incumbían a éste (S.T.S. de 9 de julio de 2.003 ,que cita las del mismo Tribunal de 26 de noviembre de 1.982 y 9 de diciembre de 1.997 , entre otras), por lo que los

efectos jurídicos de la cesión se proyectan en tres direcciones, cedente, cesionario y cedido, cuyo consentimiento, como ya se ha dicho, es indispensable a diferencia de lo que sucede con la cesión de derechos. Por consiguiente, como reconoce la mencionada S.T.S. de 9 de julio de 2.003, la responsabilidad contractual (de CAIXABANK, S.A. en nuestro caso) deriva de una cesión contractual, que implica una subrogación en la totalidad de los derechos y obligaciones del contrato, lo cual es ajeno al citado principio de relatividad contractual. Así las cosas, ninguna relevancia tiene que actualmente siga operando la entidad cedente en el tráfico jurídico, aun con otra denominación y distinto objeto social, porque ello no resta un ápice de legitimación pasiva en esta litis a la entidad que adquirió la totalidad del negocio bancario de aquélla, subrogándose en los contratos celebrados y asumiendo su posición en los mismos. Todo ello, sin perjuicio de la acción de repetición que pueda competer a CAIXABANK, S.A. frente a su cedente y con base en los pactos contractuales celebrados entre ellas. Finalmente, no puede desconocerse tampoco la especial vinculación existente entre la entidad emisora y la entidad que comercializó estos bonos, así como la participación que la Agrupación Mutua tenía en el accionariado y en la dirección de ambas, situación que hace aplicable al caso la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de enero de 2015 , que hace responsable al banco comercializador de un producto esencialmente diseñado por él por más que se empleara la figura accesorio de un asegurador foráneo". Y continúa diciendo "Con base a estos mismos documentos se ha pronunciado la Sentencia AP Madrid, Sección 10ª, del 7 de diciembre de 2016.....Sobre la teoría de los actos propios se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias de 4 de febrero y 15 de julio de 2.008, 21 de abril de 2005, 16 de septiembre de 2004 y 22 de enero de 1997, entre otras; "teniendo su fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas

razonables. Los presupuestos esenciales fijados por esta teoría aluden a que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer, sin ninguna duda, una determinada situación jurídica afectante a su autor; y, además, exista una incompatibilidad entre la conducta anterior y la pretensión actual, según la manera que, de buena fe, hubiera de atribuirse a aquélla" (Sentencia de la Sala Primera de 31 de enero de 2012). En el supuesto que nos ocupa, no cabe duda que la actuación de ambas entidades bancarias ha generado la creencia de una absorción con sucesión universal de la totalidad de los productos bancarios, que incluso aparece reflejada en la publicación de la resolución del Ministerio de Hacienda (BOE de 9 de febrero de 2012), en la cual se cancela la autorización para actuar como entidad colaboradora en la gestión recaudatoria correspondiente al banco de la pequeña y mediana empresa, refiriéndose al escrito remitido por "Caixabank", al comunicar que "la fusión por absorción del Banco de la Pequeña y Mediana Empresa Bankpime por Caixabank". En consecuencia, Caixabank está legitimada pasivamente en este procedimiento"..... De igual modo, no puede rechazarse la legitimación pasiva de Caixabank por haber actuado Bankpime como un mero intermediario en la adquisición por los apelantes de los bonos objeto de controversia, tal y como se alegó por la demandada-apelada en la contestación a la demanda. Ni por haber quedado como hecho no controvertido en la audiencia previa que se adquirieron los bonos con la intermediación de Bankpime.....o que no sea objeto de discusión que Bankpime fuera intermediario en la adquisición de los valores....., y así se señale en el fundamento de derecho 2 apartado c) de la sentencia apelada, pues hemos de distinguir entre que no hubiera controversia sobre este extremo, y que, por tal causa, Bankpime no tuviera responsabilidad alguna. Que Bankpime no puede considerarse como un mero intermediario, sin responsabilidad alguna, y en consecuencia Caixabank, como adquirente del negocio bancario, lo ha resuelto

esta Sección 14ª en sentencia de 1 de marzo de 2017 recurso 828/2016 (fundamento de derecho quinto), en un supuesto similar al del presente recurso (adquisición de bonos Fergo Aisa), en los siguientes términos: " No compartimos las alegaciones de que BANKPIME fue un mero intermediario en la adquisición de los valores que nos ocupan. La LMV no define la comercialización, y para diferenciar los servicios de comercialización y asesoramiento financiero se recurre al criterio del objetivo del servicio que presta la entidad financiera y la forma en que lo hace. La comercialización es la venta pura y simple del producto, con información objetiva sobre sus características, pero sin que sea preciso tener en cuenta la situación financiera, ni los objetivos de inversión del cliente. El asesoramiento supone un paso más; la recomendación del producto más apropiado para el cliente, con información personalizada que supone conocimiento profundo de los clientes. En este sentido, las Directivas comunitarias MIFID, y el artículo 63.1 (g) de la LMV señalan expresamente que no se considerará asesoramiento financiero las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros, indicando que dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial. En este caso no se trata de una mera oferta de valores por un intermediario cualquiera entre los reconocidos para actuar en el mercado, ya que en la nota de valores registrada en la C.N.M.V.se dice: " 5.4.3. Nombre y dirección de las entidades que acuerdan asegurar la emisión con un compromiso firme, y detalles de las entidades que acuerdan colocar la emisión sin compromiso firme o con acuerdo de "mejores esfuerzos". Indicación de las características importantes de los acuerdos, incluidas las cuotas. En los casos en que no se suscriba toda la emisión, declaración de la parte no cubierta. Indicación del importe global de la comisión de suscripción y de la comisión de colocación. Entidades Colocadoras Nombre de la Entidad Domicilio Número de valores que colocan

(negrita en el original) Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A Travessera de Gràcia, 11 08021 Barcelona. La entidad hará sus mejores esfuerzos por conseguir la más amplia difusión de los valores La comisión de colocación y agencia asciende a 500.000 euros. Las características principales del Contrato de Colocación son las siguientes: Funciones de la Entidad Colocadora: (negrita en el original) El BANCO procederá a la colocación, entre los inversores en general, de los bonos emitidos conforme el folleto de emisión, a cuyo efecto utilizará sus medios habituales de distribución. El BANCO no asume la obligación de anticipar fondos, por lo que en ningún caso debe entenderse el presente convenio como compromiso de financiación. El convenio de colocación entre la entidad emisora y el BANCO no puede dar lugar a la interpretación de que el BANCO garantiza el buen fin de los bonos, ya que se emiten bajo la única y exclusiva responsabilidad y solvencia del EMISOR. El BANCO gestionará directa o indirectamente la inclusión de los valores emitidos en el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores (en adelante IBERCLEAR) así como la llevanza del registro contable de detalle de cada titular con el saldo de valores que le pertenecen y que están depositados en el BANCO. El BANCO mantendrá permanentemente actualizado un "Registro de Terceros" correspondiente a los suscriptores de la emisión que tengan depositados sus valores en el BANCO. El BANCO percibirá una remuneración del 2% sobre el importe efectivo de los bonos colocados en concepto de las funciones realizadas como Agente Colocador y Entidad Agente de la emisión. El contrato de colocación tendrá la misma vigencia que la emisión de Bonos AISA Agosto 2006. Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A con domicilio en Travessera de Gràcia, 11 08021 Barcelona actuará como Entidad Agente en la Oferta descrita en la presente Nota de Valores". El texto reproducido nos dice que la labor de BANKPIME no era la de un simple intermediario. Era mucho más amplia y con tres peculiaridades adicionales. La primera, las jugosas comisiones de colocación. La segunda, el

evidente conflicto de intereses que reside detrás de la operación. A la fecha de la emisión de los bonos, Agrupacio Mutua tenía el 25,13% de BANKPIME, y el 15% de Aisa. La tercera el pacto incumplido de recompra. A las notas anteriores debemos unir una más. El artículo 63.1,g), ya citado, respecto a los servicios que pueden prestar las empresas que ofrecen servicios de inversión, establece: "El asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial". Por su parte, La GUIA DE ACTUACIÓN PARA EL ANÁLISIS DE LA CONVENIENCIA Y LA IDONEIDAD editada por la C.N.M.V., en fecha 17-6-2010. Dice: "Según el considerando 30 de la Directiva 2004/39 debe considerarse que todo servicio se presta a iniciativa del cliente, salvo que el cliente lo solicite en respuesta a una comunicación personalizada, dirigida a ese cliente en concreto, que contenga una invitación o pretenda influir en el cliente con respecto a un instrumento financiero específico o una operación específica. En ese mismo considerando se indica que un servicio puede considerarse prestado a iniciativa del cliente a pesar de que el cliente lo solicite basándose en cualquier tipo de comunicación que contenga una promoción y oferta de instrumentos financieros, siempre que por su propia naturaleza sea general y esté dirigida al público o a un grupo o categoría de clientes o posibles clientes más amplio. Por su parte la Comisión Europea en el documento "Your questions on Mifid", concretamente en la pregunta N° 72 trata específicamente esta cuestión y establece que cuando hay un claro contacto personal entre el cliente y la entidad en relación con el producto,

resulta difícil argumentar que el servicio se presta a iniciativa del cliente especialmente si es la entidad la que se ha dirigido previamente al mismo". Y continúa: "Se puede considerar que existe una comunicación personalizada y que el servicio se presta a iniciativa de la entidad cuando se establece contacto directo y personal con el cliente, por cualquier medio, y dicha comunicación contiene una invitación o pretende influir en el cliente con respecto a un instrumento financiero específico o a una operación específica. A partir de la experiencia supervisora de la CNMV, se ha observado que en canales de distribución como la red de sucursales o, en algunos casos, en el canal telefónico (en concreto cuando el cliente es atendido por un operador que le ha llamado), resulta más habitual que la iniciativa parta de la entidad. En otros canales como internet, en el que en muchas ocasiones no se produce ningún contacto personal con el cliente, resulta mucho más frecuente que la iniciativa sea del cliente". Con arreglo a estas ideas, parece que la actuación de BANKPIME no era la de un vulgar intermediario". De igual modo, y aunque por la fecha de adquisición de los bonos, no fuera aplicable la normativa Mifid, hemos de traer a colación la SAP Madrid, Civil sección 20 del 30 de diciembre de 2016.....Igualmente deben rechazarse las alegaciones mediante las cuales sustenta la entidad apelante su falta de legitimación pasiva material, por entender que la intervención de BANKPIME en la contratación de bonos fue la de mera intermediación, administración y depósito de los títulos, posición que en todo caso sería la única en la que se habría subrogado. La condición de parte, de la entidad a quien sucedió la aquí demandada, en el negocio jurídico aquí analizado se deriva de que los servicios prestados a los demandantes son los propios de un asesoramiento financiero, tal como señala reiteradamente la doctrina y jurisprudencia aplicable al caso. En principio, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2016, el hecho de que la suscripción de los bonos FERGO AISA aquí analizados, se suscribieron antes de la trasposición a nuestro Derecho interno de la

normativa MiFID, a través de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, no es óbice para aplicar dicha doctrina, por cuanto en nuestro ordenamiento ya existían unos estándares exigentes de información y asesoramiento al inversor; y no solo porque la propia parte recurrente haya considerado aplicables en su recurso las previsiones de las Directivas 2004/39/CE y 2006/73/CE y antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el producto que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. Como señalan, entre otras la sentencia de la Sec. 14ª de esta Audiencia de fecha 2 de diciembre de 2.014 a la de 5 de mayo de 2.016 de la Sec. 16ª de la Audiencia provincial de Barcelona, la existencia y extensión del deber de asesoramiento de la entidad financiera, no deriva necesariamente de los pactos escritos alcanzados entre las partes, ni exige como elemento necesario el pago de una retribución, pues como señala el art. 63.1.g) L.M .V., se considerarán servicios de inversión "el asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. En igual sentido el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de enero de 2.014, con base en lo que señala la S TJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C- 604/2011), pone también de manifiesto que tiene la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación realizada por la entidad financiera al cliente

inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55). Partiendo de lo indicado, los servicios prestados por la demandada al demandante, en la operación aquí analizada, han de incluirse dentro de los servicios de asesoramiento en materia de inversión, pues como indica la parte actora, y dicho extremo no ha sido desvirtuado por la demandada, que es a quien corresponde acreditar haber prestado sus servicios cumpliendo las obligaciones que le impone la legislación reguladora del sector; la suscripción de los bonos aquí analizados fue precedida de una serie de actuaciones de un comercial de la entidad por la que se subrogó la aquí demandada, en las que se les presentó el producto como conveniente para ellos en base a la consideración de sus circunstancias personales y no fue divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público, luego cabe concluir que fue la entidad demandada la que ofreció el producto al demandante y que éste acudió a la entidad, en base a la relación de confianza que mantenía con los dicha entidad y que el comercial les presentaban el producto como muy beneficiosas para él". En consecuencia, de conformidad a los argumentos de los fundamentos de derecho tercero a sexto de la presente resolución, procede revocar la sentencia apelada, y apreciar la legitimación pasiva de la demandada Caixabank".

Por lo que al fondo se refiere, aunque la situación de rebeldía de la demandada no comporta la admisión de los hechos de la demanda, alguna consecuencia ha de acarrear para esta y es que siendo bastantes las razones expuestas por la actora en su demanda para estimarla, procede sin otros razonamientos acoger el recurso y en consecuencia revocar la sentencia recurrida con la consiguiente estimación de la demanda declarando la nulidad relativa del contrato de adquisición de 28 bonos de la empresa Fergo Aisa, condenando a la demandada Caixabank S.A. a la restitución de los 28.000

euros invertidos más los gastos de custodia de tales bonos a determinar en ejecución de sentencia y los intereses legales correspondientes desde el o los cargos en cuenta hasta su efectivo pago, a compensar con los percibidos por la actora en concepto de cupón.

QUINTO.- Por disposición del art. 394 de la L.E.C. las costas de primera instancia deberán ser impuestas a la demandada, sin que por disposición del art. 398 de la misma proceda hacer especial imposición de las causadas por este recurso a ninguna de las partes.

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

FALLAMOS

Que estimando como estimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández en nombre y representación de [REDACTED] contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez de 1ª Instancia nº 17 de Madrid con fecha 7 de abril de 2.017, de la que el presente Rollo dimana, debemos revocarla y la revocamos y en su lugar debemos estimar y estimamos la demanda interpuesta por el Procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández en nombre y representación de [REDACTED] [REDACTED] contra Caixabank S.A., declarando la nulidad relativa del contrato de adquisición de 28 bonos de la empresa Fergo Aisa, condenando a la demandada Caixabank S.A. a la restitución de los 28.000 euros invertidos más los gastos de custodia de tales bonos a determinar en ejecución de sentencia y los intereses legales correspondientes desde el o los cargos en cuenta hasta su efectivo pago, a compensar con los percibidos por la actora en concepto de cupón, todo ello con imposición a la demandada de las costas causadas en primera instancia y sin que proceda hacer especial imposición de las causadas

por este recurso a ninguna de las partes.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación, siempre que la resolución del recurso presente **interés casacional**, con cumplimiento de los requisitos formales y de fondo de interposición, y recurso extraordinario por infracción procesal, ambos ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, los que deberán interponerse ante este Tribunal en el plazo de **VEINTE** días desde el siguiente al de la notificación de la sentencia. No podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación.

Haciéndose saber a las partes que al tiempo de la interposición de los mismos, deberán acreditar haber constituido el depósito que, por importe de **50 € por cada tipo de recurso**, previene la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., establecida por la Ley Orgánica 1/09, de 3 de noviembre, sin cuyo requisito, el recurso de que se trate no será admitido a trámite.

Dicho depósito habrá de constituirse expresando que se trata de un “Recurso”, seguido del código y tipo concreto de recurso del que se trate, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección abierta con el nº 2580, en la sucursal 3569 de Banco de Santander, sita en la calle Ferraz nº 43.

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