

Audiencia Provincial Civil de Madrid Sección Octava c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 1 - 28035 37007740	
---	--

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0187352

Recurso de Apelación 398/2017 C

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 92 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 1192/2015

Apelante: D./Dña. MARIA [REDACTED]
PROCURADOR D./Dña. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ

Apelado: CAIXABANK S.A.
PROCURADOR D./Dña. JAVIER SEGURA ZARIQUIEY

SENTENCIA Nº 571

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JESÚS GAVILÁN LÓPEZ
D. JUAN JOSÉ GARCÍA PÉREZ
Dª LUISA MARÍA HERNÁN-PÉREZ MERINO

En Madrid, a veintiocho de diciembre de dos mil diecisiete. La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de juicio Ordinario número 1192/2015, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 92 de Madrid, seguidos entre partes, de una como demandante-apelante, **Dª MARIA** [REDACTED] representada por el Procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández, y de otra, como demandada-apelada, **CAIXABANK S.A.**, representada por el Procurador D. Javier Segura Zariquiey.

VISTO, siendo Magistrada Ponente la **Ilma. Sra. Dª LUISA MARÍA HERNÁN-**

PÉREZ MERINO.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número 92 de Madrid, en fecha 9 de diciembre de 2016, se dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

“Que desestimando la demanda interpuesta por Doña María [REDACTED] [REDACTED] absuelvo a CAIXABANK S.A. sin hacer expreso pronunciamiento en materia de costas.”

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

TERCERO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública quedó en turno de deliberación votación y fallo, lo que se ha cumplido el veinte de diciembre de dos mil diecisiete.

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se formuló demanda por María [REDACTED] contra Caixabank SA en que se instaba la declaración de nulidad absoluta o relativa del contrato suscrito con Bankpyme SA por el que se adquirieron 12 bonos de la empresa Fergo Aisa de fecha 4 de octubre de 2006 y se condenara al pago de 12.000 euros más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores, más los intereses legales, debiéndose compensar con los importes percibidos por la actora en concepto de cupón;

subsidiariamente, se instaba que se declarara el incumplimiento por parte de Caixabank SA de sus obligaciones contractuales en cuanto al pacto de recompra o en su caso de las obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de los instrumentos objeto de esta demanda y como consecuencia se declarara resuelto el contrato y se condenara a Caixabank SA al pago al pago de 12.000 euros más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores más los intereses legales, debiéndose compensar con los importes percibidos por la actora en concepto de cupón. Todo ello con condena en costas a la parte demandada. La parte demanda se opuso la estimación de la demanda. La sentencia de instancia desestima la demanda al apreciar la falta de legitimación pasiva de la demandada Caixabank, sin imposición de costas.

Contra este pronunciamiento se alza en apelación la parte actora. La parte apelada se opone a la estimación del recurso.

SEGUNDO.- Se hace valer por la apelante como primer motivo de recurso las cuestiones relativas a la legitimación pasiva de la demandada: irrelevancia de la existencia IPME 2012 (anteriormente Bankpyme) y error del juzgador a quo en la interpretación del naturaleza jurídica del producto bancario denominado bonos Aisa comercializados por Bankpyme (ahora Caixabank).

Pues bien, es cierto que la legitimación pasiva de Caixabank en las demandas contra ella dirigida en relación con los bonos Aisa no es una cuestión pacífica. Hasta ahora han existido pronunciamientos contradictorios en las resoluciones de las Audiencias Provinciales. Así en esta Audiencia Provincial de Madrid se han pronunciado en contra de apreciar dicha legitimación la sección 19ª en sentencia 11 de octubre de 2017; la sección 21ª en sentencia de 1 de diciembre de 2016; la sección 18 en sentencias de 13 de julio y 19 de octubre de 2017. Pronunciamientos a favor de la legitimación pasiva de Caixabank los encontramos en sentencias de la sección 14ª de 5 de junio de 2017 y 24 de abril de 2017; sección 10ª de 4 de mayo 2017 ; sección 20ª de 30 de diciembre de 2016. Esta misma sección 8ª en sentencias de 28 de julio de 2016 Rollo nº 491/2016 y de 26 de junio de 2017 Rollo nº 1201/16 se ha pronunciado ya a favor de reconocer la legitimación pasiva de Caixabank en este tipo de demandas. En esta última se afirma:

La compraventa del negocio bancario de BANKPIME por 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 (folios 126 y ss.), lo que motivó que transmitiera al comprador CAIXABANK los activos y pasivos que conforman el negocio bancario, incluyendo la intermediación de valores, depositaria y custodia, así como su gestora de fondos, "sin sucesión universal" según se dice en dicho contrato, de 29 de septiembre de 2011, contrato privado que fue elevado a público mediante escritura notarial de 1 de diciembre de 2011 (fol. 148 y ss.).

CAIXABANK, S.A. ostenta legitimación pasiva en base al primer párrafo del art. 10 de la LEC., desde el momento que la mencionada entidad y con arreglo al contrato que celebró con BANKPIME, S.A., pasó a ocupar la posición contractual que ésta tenía respecto de los padres de los actores, D^a Carmen Rodríguez Álvarez y José Crespo Méndez, respecto del contrato celebrado por estos con la citada BANKPIME, S.A. y en virtud del "Contrato de compraventa de negocio" de 29 de septiembre de 2.011 a la que ella misma se refiere. Así se concluye a la vista de la cláusula primera de dicho contrato, que revela el objeto del mismo, a cuyo tenor, se transmite el negocio bancario de BANKPIME, S.A. a CAIXABANK, S.A., como unidad económica.(...) En el contrato de 29 de septiembre de 2.011, celebrado entre BANKPIME, S.A. y CAIXABANK, S.A., esta última asume la posición contractual de la primera en relación con el negocio bancario de la cedente y ello comporta la transmisión íntegra de las relaciones contractuales en que dicho negocio consiste, así como de tal posición subjetiva negociar que protagonizaba BANKPIME, S.A., sin modificación de la relación jurídica establecida con el actor, que es la que aquí interesa, por los pactos y condiciones sobrevenidas a la misma. (...) 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, 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, S.A. frente a su cedente y con base en los pactos contractuales celebrados entre ellas.”

Pues bien, sobre la cuestión ha venido arrojar luz la reciente STS nº 652/2017 de Pleno de 29 de noviembre de 2017 que, si bien en relación no a los bonos Aisa sino a otro producto similar igualmente comercializado en su día por Bankpyme, analiza los efectos de la compraventa del negocio bancario por Caixabank de 29 de septiembre de 2011 para concluir que la entidad Caixabank SA sí ostenta legitimación pasiva en la demanda en que se insta se declare la nulidad de los contratos y las órdenes de adquisición por vicio del consentimiento con el reintegro o devolución de las prestaciones o alternatively se declare resolución de los contratos bancarios y de las órdenes de adquisición de bonos emitidos por General Motors S.A . En la misma se afirma al respecto: *“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 Bankpyme a Caixabank no legitima pasivamente a esta para soportar la acción de nulidad del contrato de adquisición de los bonos porque Bankpyme 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 Bankpyme 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.

SEXTO.- Decisión del tribunal (III). 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 dimanaran 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 adquiría 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.”.

Procede, en definitiva, la estimación del motivo de recurso, por lo que habrá que examinar la procedencia del éxito o no de la demanda , en primer lugar respecto de la acción que se formula con carácter principal , esto es la nulidad del contrato de adquisición de los bonos Aisa por error invalidante en la prestación del consentimiento.

TERCERO.- Sostiene la apelante que concurren los requisitos legales para exigir la nulidad o anulabilidad de la adquisición por haberse prestado el consentimiento con error excusable. Recuerda la STS 5 de marzo de 2013 Sobre la inexcusabilidad del error como vicio del consentimiento: “... son de especial interés las sentencias de 13 febrero 2007 y 13 mayo 2009.

La primera dice: "Esta Sala, al interpretar lo dispuesto en el artículo 1.266 del Código Civil sobre los requisitos del error para que sea invalidante del consentimiento prestado, requiere no sólo que éste sea esencial, sino además que sea inexcusable; requisito que ha de ser apreciado en atención a las circunstancias del caso. La sentencia de 12 noviembre 2004, con cita de las de 14 y 18 febrero 1994, 6 noviembre 1996, 30 septiembre 1999 y 24 enero 2003, afirma que «para que el error invalide el consentimiento, se ha de tratar de error excusable, es decir, aquél que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que lo alega, ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada por no afectar el

consentimiento». Pero se ha de tener en cuenta que la exigencia del carácter inexcusable del error -que efectivamente se ha padecido- es una medida de protección para la otra parte contratante en cuanto pudiera ser perjudicial para sus intereses negocia les una alegación posterior de haber sufrido error que lógicamente escapaba a sus previsiones por apartarse de los parámetros normales de precaución y diligencia en la conclusión de los negocios, pero en absoluto puede beneficiar a quien precisamente, como sucede en el caso, ha provocado conscientemente la equivocación de la otra parte "Y la segunda : "Para anular el contrato por error de uno de los contratantes no exige expresamente el artículo 1.266 del Código Civil que aquel sea excusable, pero sí lo hace la jurisprudencia - sentencias de 7 de abril de 1.976, 21 de junio de 1.978 , 7 de julio de 1.981 , 4 de enero de 1.982 , 12 de junio de 1.982 , 15 de marzo de 1.984, 7 de noviembre de 1.986 , 27 de enero de 1.988 , 14 de febrero de 1.994 , 6 de noviembre de 1.996 , 30 de septiembre de 1.999 , 12 de julio de 2.002 , 24 de enero de 2.003 , 12 de noviembre de 2.004 , entre otras muchas - al examinar el vicio de que se trata, además de en el plano de la voluntad, en el de la responsabilidad y la buena fe - en su manifestación objetiva - y al tomar en consideración la conducta de quien lo sufre. Por ello, niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba. Y, en la situación de conflicto producida, la concede a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida."

Pues bien, sentado lo anterior, según pone de manifiesto la actora –que carece de conocimientos financieros- adquirió el producto denominado bonos Aisa contratado por la relación de confianza que mantenía con el director de Bankpyme que fue quien le ofreció el producto-hecho no negado en la contestación a la demanda- . La información que se le ofreció se limitó a que se trataba un producto muy fiable y seguro. No se entregó ni un contrato, ni un folleto o la nota de Valores de la CNMV donde se describieran las características y riesgos del producto.

Debe partirse de que, como se declara en jurisprudencia de nuestro más Alto tribunal que por reiterada no precisa cita, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva

a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento.

Hay que estar por tanto al cumplimiento de los deberes de información por Bankprime, teniendo en cuenta que dada la fecha de adquisición no había entrado en vigor la directiva MiFID. Viene al caso la STS, Civil sección 1 del 14 de noviembre de 2016 que analiza el alcance del deber de información antes de MiFID –si bien en relación a permuta financiera pero igualmente aplicable al caso por tener sus consideraciones carácter general– según la cual que la contratación tuviera lugar “*antes 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 que en nuestro ordenamiento ya existieran 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.*

2.- Como venimos afirmando reiteradamente en numerosas resoluciones, 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.

En concreto, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha a los contratos litigiosos, y expresamente invocado en el recurso, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

«1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

»3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».”

En definitiva se encontraban vigentes a la fecha de la suscripción una serie de disposiciones dirigidas todas a ellas a la finalidad de proveer a quien contrata con la entidad financiera de información suficiente para adoptar la decisión de inversión , que en el caso de una recomendación personalizada del producto de inversión como fue el caso debe incluir que por la entidad bancaria se recabe información sobre el cliente a fin de concluir si el producto recomendado es o no idóneo para ese cliente concreto. Efectivamente la STS de 20 de enero de 2014 aclara: “Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), “la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en qué consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente” (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 7 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE. El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión 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 “. En este caso no se niega la recomendación personalizada por la demandada por lo que habrá de concluirse que existió asesoramiento.

Pues bien tal como se afirma en la demanda, consta únicamente que a la ahora demandante le fue entregada para su firma la orden de compra de valores con el “contrato de compraventa de activos financieros negociados en mercados organizados” en su reverso. Se concluye que ciertamente no se ofreció información alguna al demandante del riesgo de pérdida de la inversión en caso de insolvencia de la entidad emisora de los bonos. De ello se colige que existió un error o vicio esencial y excusable en la formación del consentimiento de la actora en la medida en que no fue informada adecuada y suficientemente sobre los riesgos del contrato, siendo la información omitida esencial para emitir un consentimiento válido (arts. 1261, 1265, 1266 y 1300 CC).

Procede, por tanto, conforme a lo visto, la estimación del recurso y la consiguiente estimación de la demanda en cuanto a la acción de anulabilidad hecha valer como acción principal con las consecuencias previstas en el artículo 1303. Como se afirma en STS nº 625/2016, de 24 de octubre “, *los efectos de la nulidad alcanzan a ambas partes, comercializadora y adquirentes. Por ello, tales efectos de la nulidad deben ser la restitución por la entidad comercializadora del importe de la inversión efectuada por los adquirentes, más el interés devengado desde que se hicieron los pagos, y el reintegro por los compradores de los rendimientos percibidos más los intereses desde la fecha de cada abono*”. En este caso se solita igualmente la devolución de los gastos cargados por Caixabank por la custodia de estos valores, petición que debe ser estimada para obtener la restitución de la situación patrimonial previa a la contratación.

Las costas de la primera instancia deben ser impuestas a la parte demandada, por aplicación del artículo 394.1 LEC.

CUARTO.- Siendo estimado el recurso, no procede imposición de costas de la alzada.

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

III.- FALLAMOS

1º PROCEDE ESTIMAR EL RECURSO DE APELACION FORMULADO POR LA

REPRESENTACION PROCESAL DE MARIA [REDACTED] CONTRA LA SENTENCIA DICTADA EN FECHA 9 DE DICIEMBRE DE 2016 EN PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 1192/2015 SEGUIDO EN EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 92 DE MADRID, SENTENCIA QUE SE REVOCA, ACORDANDO EN SU LUGAR ESTIMAR LA DEMANDA INTERPUESTA POR LA REPRESENTACION PROCESAL DE MARIA [REDACTED] CONTRA CAIXABANK SA Y EN CONSECUENCIA DECLARAR LA NULIDAD DE LA ADQUISICION DE BONOS AISA EN FECHA 4 DE ABRIL DE 2006, DEBIENDO LA DEMANDADA RESTITUIR EL IMPORTE DE LA INVERSION, 12.000 EUROS, CON INTERESES LEGALES DESDE LA FECHA DE LA INVERSIÓN Y GASTOS DE CUSTODIA VINCULADOS EXCLUSIVAMENTE A ESTE PRODUCTO E INTERESES DESDE LA FECHA DEL CARGO, CANTIDAD DE LA QUE DEBE DEDUCIRSE LO COBRADO POR LA ACTORA COMO CUPONES CON SUS INTERESES DESDE LA FECHA DEL COBRO. LAS COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA SE IMPONEN A LA PARTE DEMANDADA.

[REDACTED]

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido por la parte apelante 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 1/2.009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 208.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, póngase en conocimiento de las partes que contra esta resolución 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 del texto legal antes citado, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia fue hecha pública por los Magistrados que la han firmado. Doy fe. En Madrid, a

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.