

**Audiencia Provincial Civil de Madrid**

**Sección Décima**

C/ Ferraz, 41 , Planta 2 - 28008

Tfno.: 914933917

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0180696

**Recurso de Apelación**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 44 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario .

**Apelante::** CAIXABANK SA

PROCURADOR D./Dña. MIGUEL ÁNGEL MONTERO REITER

**Apelado::** D./Dña. .

PROCURADOR D./Dña. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ

**MAGISTRADA:** ILMA. SRA. Dª. MARÍA ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO

**SENTENCIA N° 443/2016**

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

D. JOSÉ MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ

Dña. MARÍA ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO

Dña. MARIA BEGOÑA PEREZ SANZ

En Madrid, a catorce de septiembre de dos mil dieciséis.

La Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 44 de Madrid a instancia de CAIXABANK SA apelante - demandado, representado por el/la Procurador D./Dña. MIGUEL ÁNGEL MONTERO REITER y defendido por Letrado, contra D./Dña. apelada - demandante, representada por el/la Procurador D./Dña. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ y defendida por Letrado; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 28/01/2016.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, Siendo Magistrada Ponente Dña. MARÍA ISABEL FERNÁNDEZ DEL

**PRADO**

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por Juzgado de 1ª Instancia nº 44 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 28/01/2016, cuyo fallo es el tenor siguiente:

**“FALLO.-** Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda formulada por el Procurador Don Mariano de la Cuesta Hernández en nombre y representación de Doña . contra la entidad “Caixabank, S.A.”, representada por el Procurador Don Miguel Ángel Montero Reiter y en consecuencia, debo declarar la nulidad del contrato por el que la parte actora adquirió 60 bonos de la empresa Fego Aisa, condenando a la demandada al pago en concepto de restitución, del importe de 60.000 €, más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores, a concretar en ejecución de sentencia por ser de devengo periódico, más los intereses legales que correspondan sobre estos importes desde el cargo en cuenta y hasta su efectivo pago, debiéndose compensar todo ello con los importes percibidos por la actora, en concepto de cupón, imponiendo a la parte demandada las costas causadas en esta instancia.”

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, 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.-** Por providencia de esta Sección, de fecha 2 de septiembre de 2016, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 13 de septiembre de 2016.

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** En agosto de 2016, Doña . y su esposo D. suscribieron con “Bankpime, S.A.” la compra de 60 bonos de Fego Aisa, por importe de 60.000 €. Posteriormente, el Sr. falleció, manteniendo la esposa su mitad ganancial y adquiriendo la otra mitad por sucesión hereditaria.

En fecha 29 de septiembre de 2011, “Bankpime” y “Caixabank” celebraron contrato, en virtud del cual la primera se comprometió a vender y ceder y la segunda a comprar y asumir “los elementos patrimoniales que conforman dicho negocio bancario de

Bankpime”; el referido contrato se eleva a escritura pública el 29 de septiembre de 2011.

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

Las informaciones publicadas en prensa sobre el acuerdo entre “Bankpime” y “Caixabank” se refieren a la transmisión de la totalidad del negocio bancario y de gestión de fondos de “Bankpime”. En esta línea, se dirige a todos sus clientes, comunicándoles lo siguiente: “Como ya conocerá a través de los medios de comunicación, nuestra entidad ha llegado a un acuerdo con Caixabank para transmitirle su negocio bancario, que incluye, principalmente, nuestra cartera de préstamos y depósitos de la clientela, nuestras oficinas y la gestora de fondos de inversión”. Asimismo, “La Caixa” remite una carta a los clientes de “Bankpime” en los siguientes términos: “como fase final del proceso de incorporación a nuestra entidad del negocio bancario de Bankpyme, vamos a proceder a la integración del equipo humano y los medios técnicos de su ofician habitual dentro de la red de oficinas de La Caixa”.

Los bonos adquiridos perdieron su valor y liquidez, por ello se formula la demanda iniciadora del presente procedimiento, interesando la nulidad del contrato de adquisición de los bonos objeto de litigio y la condena de “Caixabank, S.A.” al pago de la cantidad invertida, más gastos de custodia e intereses legales que correspondan; solicitando, de forma subsidiaria, que se declare el incumplimiento por “Bankpime, S.A.” de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta del producto adquirido; condenando a “Caixabank” al abono de 60.000 € más los gastos de custodia y los intereses legales correspondientes.

La sentencia dictada por el Juzgador “a quo” estimó la demanda, habiéndose interpuesto contra la misma recurso de apelación, que es objeto de la presente resolución.

**SEGUNDO.-** La parte apelante plantea como primer motivo de apelación la inexistencia de sucesión universal por parte de “Caixabank” en el lugar de “Bankpime”.

El contrato privado celebrado entre las dos entidades bancarias, en fecha 29 de septiembre de 2011 (obrante al folio 106 de los autos), en relación a la cesión del negocio de depositaria, custodia e intermediación de valores, indica que “El vendedor cederá al comprador, que asumirá en virtud de tal cesión, la posición contractual del primero”. Dicho contrato se eleva a escritura pública el 1 de diciembre de 2011, en la cual se concreta “Que a efectos de ejecutar la transmisión del negocio transmitido de Bankpime a Caixabank y dado que la adquisición del mismo se realiza sin sucesión universal, las partes han acordado formalizar la cesión o transmisión de los diferentes elementos patrimoniales que conforman el mismo en contratos separados, agrupándolos según su naturaleza jurídica”.

Sin embargo, las noticias e informaciones que aparecen en prensa ponen de

manifiesto que se ha producido una sucesión universal entre ambas entidades, que ninguna de ellas desmintió. Así, CapitalMadrid. com se hace eco de la noticia en los siguientes términos: “El banco de “La Caixa” se quedará con el negocio financiero de la entidad” (refiriéndose a Bankpime), añadiendo que “Bankpime se lo pone fácil a sus accionistas minoritarios ante su absorción por CaixaBank”. Otra publicación puntualiza que “Caixabank” ha llegado a un acuerdo con el Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, Bankpime, para adquirir la totalidad de su actual negocio bancario y de gestión de fondos. El Periódico. com indica que “La Caixa ultima la absorción del banco catalán “Bankpime”.

Como hemos dicho anteriormente, las entidades afectadas no desmienten dichas informaciones sino que corroboran las mismas, concretamente “Bankpime” remite una carta a todos sus clientes con el siguiente contenido: “Como ya conocerá a través de los medios de comunicación, nuestra entidad ha llegado a un acuerdo con Caixabank para transmitirle su negocio bancario, que incluye, principalmente, nuestra cartera de préstamos y depósitos de la clientela, nuestras oficinas y la gestora de fondos de inversión”; también “La Caixa” les dirige una comunicación en el mismo sentido: “como fase final de proceso de incorporación a nuestra entidad del negocio bancario de Bankpime, vamos a proceder a la integración del equipo humano y los medios técnicos de su oficina habitual dentro de la red de oficinas de “La Caixa”.

En definitiva, tanto “Bankpime” como “Caixabank” transmitieron e hicieron creer a los clientes de la primera entidad y, concretamente, a la parte actora, que se había producido una sucesión universal, consecuencia de una absorción, transmitiéndose la totalidad de las obligaciones inicialmente asumidas por “Bankpime” a “Caixabank”; no pudiendo ahora la demandada contravenir sus propios actos, en perjuicio de la parte actora.

Sobre la teoría de los actos propios se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias de 4 de febrero y 15 de julio de 2.008, 21 de abril de 2005, 16 de septiembre de 2004 y 22 de enero de 1997, entre otras; “teniendo su fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables. Los presupuestos esenciales fijados por esta teoría aluden a que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer, sin ninguna duda, una determinada situación jurídica afectante a su autor, y, además, exista una incompatibilidad entre la conducta anterior y la pretensión actual, según la manera que, de buena fe, hubiera de atribuirse a aquélla” (sentencia de la Sala Primera de 31 de enero de 2012).

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

**En consecuencia, decae el primer motivo de apelación planteado.**

**TERCERO.-** El segundo motivo de apelación versa sobre la inexistencia de error en el consentimiento, teniendo en cuenta el perfil de los inversores, que eran personas jubiladas, mayores, sin una formación financiera que les permitiese conocer los riesgos de un producto complejo como el que estaban adquiriendo; cabe concluir que fueron asesorados por empleados de la entidad bancaria para adquirir los bonos; si bien, no se les indicó que estaban se trataba de un producto de alto riesgo, que según las fluctuaciones del mercado podrían, incluso, perder gran parte del capital invertido.

“Bankpime”, en el momento de la adquisición que nos ocupa estaba obligada a proporcionar al cliente, información detallada, como le viene exigido por el artículo 79 bis) de la Ley del Mercado de Valores, con la finalidad fundamental de que el cliente pueda “tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa”, debiendo tener en cuenta el perfil del inversor y la complejidad del producto, lo que exige que la entidad financiera proporcione al cliente una información exhaustiva, pormenorizada, detallada y comprensible del funcionamiento del producto. No habiéndose acreditado que “Bankpime” proporcionase dicha información, correspondiendo la carga de la prueba, en este caso, a la parte demandada, sin que haya aportado elemento probatorio alguno al respecto.

Por tanto, esta Sala entiende que la actora y su esposo adquirieron el producto financiero que nos ocupa sin tener conocimiento de sus características y de su complejidad, habiendo mediado error en el consentimiento prestado (art. 1.261 C.Civil), que conlleva la nulidad de la inversión realizada.

**CUARTO.-** En virtud de lo preceptuado en los arts. 394 y 398 L.E.Civ., se impondrán a la parte apelante las costas procesales causadas en esta instancia.

**Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.**

**FALLO**

La Sala, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter, en representación de “Caixabank”, contra la sentencia dictada en fecha 28 de enero de 2016 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 44 de Madrid, en autos de procedimiento ordinario nº \_\_\_\_\_; acuerda confirmar dicha resolución en todos sus pronunciamientos.

Con expresa imposición a la parte apelante de las costas procesales causadas en esta instancia.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de

conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

**MODO DE IMPUGNACION:** Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2577-0000-00-0708-16, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala Nº 708/2016, 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