

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**DE BARCELONA**

**SECCIÓN DECIMONOVENA**

**ROLLO N°**

Procedimiento ordinario N°

Juzgado Primera Instancia 24 Barcelona

**S E N T E N C I A NÚM. 369/2016**

**Ilmos./a Srs./a Magistrados/a**

**D. MIGUEL JULIAN COLLADO NUÑO**

**D<sup>a</sup> ASUNCION CLARET CASTANY**

**D. JOSE MANUEL REGADERA SAENZ**

En la ciudad de Barcelona, a veinticuatro de noviembre de dos mil dieciséis.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimonovena de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario núm. , seguidos por el Juzgado Primera Instancia 24 Barcelona, a instancia de y  
contra CAIXABANK SA; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por y  
e impugnación interpuesta por CAIXABANK SA contra la sentencia dictada en los mismos el día 12 de enero de 2015, por el/la Sr./a. Magistrado/a del expresado Juzgado.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La parte dispositiva de la resolución apelada es del tenor literal siguiente: " *DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda formulada por los señores*

*y*  
*frente a la demandada CAIXABANK SA a la que ABSUELVO libremente y con todos los elementos favorables de la pretensión en su contra ejercitada por los actores tanto por vía principal como subsidiaria en relación a la compra de los bonos motivadores de estas actuaciones y con la pretensión económicas de ser indemnizados con la suma de 44.041,15 euros.*

*DISPONGO que cada contendiente pache con las costas ocasionadas a su instancia y las comunes por mitad de las originadas en este primer grado. "*

**SEGUNDO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte actora *y*  
*e impugnación interpuesta por la parte demandada CAIXABANK SA mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria y elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.*

**TERCERO.-** Se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 26 de octubre de 2016.

**CUARTO.-** En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> Asunción Claret Castany.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Ejercitada por la representación procesal de D<sup>a</sup>.

y D.

frente a CAIXABANK SA, como sucesora de BANKPIME SA ( Banco de la Pequeña y Mediana Empresa SA ) acción principal de resolución por incumplimiento contractual y por incumplimiento de las obligaciones legales de información sobre las características y riesgos del producto e indemnización de daños y perjuicios y subsidiaria nulidad contractual por error-vicio, derivado de la compra de 48 títulos de Bonos Fergo Aisa 08/11, 5% por un valor nominal de 48.000 euros, la sentencia de instancia desestima la demanda al entender que no nos hallamos ante un producto híbrido o complejo, en tanto con los Bonos una empresa se financia ofreciendo los títulos en el mercado con un tipo de interés asumiendo el inversor el riesgo del valor y de insolvencia del emisor, y de otro dado el perfil de los actores, quienes si bien eran minoristas conocían las características de los diversos productos financieros, a tenor de las inversiones realizadas en acciones y fondos de inversión precedentes, optando por el producto de autos en atención a los rendimientos que ofrecían si bien con plena conciencia de que se aventuraban a perder el capital invertido caso de que la empresa emisora quebrara, como así aconteció. Frente a dicha sentencia se alzan los actores sobre la base de una errónea valoración de la prueba al tratarse de un producto de riesgo elevado al poder generar la pérdida en el capital invertido, y en cuanto al perfil de los actores y comprensión de los riesgos discrepa también de la valoración probatoria, dado que el hecho de que hubieren suscrito algunos paquetes de acciones con otras entidades no prueba conocimientos financieros, y de otro, los clientes acuden a la oficina buscando un producto seguro como alternativa a un fondo no garantizado; existencia de pacto de recompra e incumplimiento no ejercicio tardío de las acciones. E impugna CAIXABANK insistiendo en la errónea valoración de la prueba en cuanto a la falta de legitimación pasiva de la Caixa, subsidiaria falta de litisconsorcio pasivo necesario al faltar el emisor del valor AISA; y caducidad de la acción ejercitada de nulidad, pues la orden de compra es de 13 de julio de 2006 y la demanda del año 2013, por lo que habría transcurrido sobradamente el plazo de cuatro años del art. 1.301 C.Civil.

**SEGUNDO.-** En un orden lógico-racional comenzaremos por el estudio de los motivos de impugnación formulados por CAIXABANK referidos a la falta de legitimación pasiva y listisconsorcio pasivo necesario y caducidad de la acción.

En primer lugar insiste CAIXABANK en la falta de legitimación pasiva de la La Caixa al no existir sucesión universal de la sociedad Bankpime como unidad económica sino tan solo la compra de una serie de activos y pasivos del negocio bancario de Bankpime, a tenor del contrato de compraventa de negocio de 29-09-2011 elevado a público el 1-12-2011 y más en concreto del Expositivo V del contrato privado que dice: *"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. "*, y a tenor de la cláusula cuarta cuyo título reza " activos y pasivos no cedidos " se dice: *"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 transmitos por el Comprador los pasivos contingentes tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que puedan derivarse de la actividad del Vendedor pasada o futura "*. Resulta que la asunción por parte de la Caixa de cualquier responsabilidad de la actuación de Bankpime fue excluida expresamente de la mencionada transmisión. Igualmente afirma que la Orden de 29 de noviembre de 2011 autorizó la transmisión del negocio bancario; y Bankpime ( actualmente denominada Ipme 2012, SA ) sigue existiendo como persona jurídica y subsidiaria por la posición de Bankpime como comercializador en el contrato suscrito con los Sres. y .

La parte actora se opone a la falta de legitimación pasiva alegada de contrario sobre la base de las sentencias dictadas por la A. Provincial de Castellón de lo Civil de 2014, ya transcrita en parte

en la demanda, y añade la SAP Palma de Mallorca, Sección 3ª, de 6 de noviembre de 2014, lo que concluye la plena legitimación pasiva de Caixabank SA. La sentencia de instancia desestima la falta de legitimación pasiva de la demandada sobre la base de que la cesión de créditos, litigiosos o no, supone la asunción por el nuevo titular de cuantos derechos y obligaciones derivan de la anterior relación jurídica transmitida, sin que los pactos privados puedan oponerse frente a terceros; y como argumento de cierre que si hipotéticamente los actores hubieran accionado frente a Bankpime fácil le hubiera sido alegar la falta de legitimación pasiva por transmisión en bloque del negocio bancario a Caixabank.

La Sala es consciente de las distintas posturas mantenidas por otras Audiencias Provinciales en torno a la cuestión de la legitimación pasiva de Caixabank en supuestos análogos como el de autos, de contratación por parte de clientes de los Bonos Aisa o Fergo Aisa con Bankpime, SA, entidad que los comercializó y con quienes contrataron los clientes actores.

La cuestión es de índole eminentemente jurídica, y debe tildarse de contraovertida a tenor de la existencia de pronunciamientos absolutamente contradictorios en la jurisprudencia. Así pueden encontrarse resoluciones que acogen la tesis de la sentencia de instancia y afirman la legitimación pasiva de Caixabank, entre otras las SS. AP. Madrid ( Sección 20ª ) de 25-04-2016; A. Provincial de Palma de Mallorca ( Sección 3ª ) de 6-11-2014; A. Provincial de Palma de Mallorca ( Sección 4ª ) de 6-10-2014; SAP Castellón ( Sección 3ª ) de 10-04-2014 y 22-02-2016: como otras que niegan la legitimación pasiva de Caixabank, entre otras A.P. Madrid ( Sección 19ª ) de 22-06-2016, AP Valencia ( Sección 9ª ) de 4-07-2016, 2-03-2016 y 12-03-2014; A.P. Zaragoza ( Sección 2ª ) de 06-03-2013; A.P. Girona ( Sección 1ª ) de 27-05-2014; A.P. Logroño ( Sección 1ª ) de 30-07-2015; y en el seno de esta Audiencia de Barcelona ( Sección 17ª ) de 8 de junio de 2016 que la afirma. El análisis de la cuestión controvertida, esto es si producida la compraventa del negocio bancario de Bankpiem SA por Caixabank SA mediante contrato de 29 de septiembre de 2011, elevado a público el 1 de diciembre de 2011, los actores pueden dirigir su demanda contra la adquirente,

tesis de la sentencia de instancia, o por contra, deben dirigir su reclamación contra la transmitente, tesis de la impugnante-recurrente debe centrar el eje del debate en al interpretación del contrato de transmisión del negocio bancario suscrito inter partes.

Previamente a su análisis y estudio hay que partir de los siguientes datos notorios y no controvertidos:

- *Bankpime inició un procedimiento de reestructuración bancaria a consecuencia del Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero para el reforzamiento del sistema financiero y su imposibilidad de cumplir los requisitos mínimos de capital exigidos por la norma;*
- *En el marco de dicha reestructuración concertó una cesión del negocio bancario consistente en compraventa de determinados activos y pasivos de dicha naturaleza con Caixabank S.A mediante escritura pública de 1 de diciembre de 2011 que elevaba a público el contrato de 29 de septiembre de 2011;*
- *Dicha cesión de negocio bancario no es un supuesto de sucesión universal ni de fusión por absorción previsto en la Ley 3/2009 de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, pues la cedente Bankpime, S.A. no se ha extinguido y ha conservado su personalidad jurídica, pasando a denominarse IPME 2012 S.A. desde julio de 2012, que actualmente se encuentra incurso en concurso de acreedores desde febrero de 2014. En tal sentido, en la escritura pública de cesión del negocio bancario se expresa " 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 este contexto los firmantes del contrato de 29 de septiembre de 2011 elevado a público el día 1 de diciembre de 2011 ( acompañado como documentos núm. 2 a la contestación de la demanda ) expusieron:

que Bankpime y CaixaBank ( junto a los tres accionistas de Bankpime ) suscribieron documento privado de compraventa de negocio bancario ( el " contrato de compraventa " ) por el cual Bankpime se comprometió a vender y ceder y Caixabank a comprar y asumir, los elementos patrimoniales que conforman dicho negocio bancario transmitido ( el " negocio transmitido " ) sujeto al cumplimiento de una serie de condiciones suspensivas cumplidas, debiendo formalizar la transmisión del negocio transmitido y sus elementos; que dado que la transmisión y adquisición se realizó sin sucesión universal, las partes acuerdan formalizar la cesión-transmisión de los diferentes elementos patrimoniales que conforman el negocio transmitido en contratos separados agrupándolos por naturaleza jurídica, elevando a público los documentos privados, haciendo constar en relación al pago que la transmisión del negocio bancario de Bankpime a Caixabank consiste en la adquisición por Caixabank de determinados activos y la asunción de determinados pasivos.

Del análisis del Contrato privado de 29-09-2011 resulta de interés destacar:

1) En el *Exponen IV*, Bankpime declara que ante la imposibilidad de continuar su actividad bancaria cumpliendo con los requisitos de solvencia impuestos a las entidades de crédito considera la mejor alternativa la de transmitir al Comprador los activos y pasivos que conforman el negocio bancario de Bankpime, tal y como se configura más adelante; 2) En el *Exponiendo V* el Comprador declara estar interesado en adquirir únicamente los elementos patrimoniales que conformen el negocio de Bankpime, incluyendo la intermediación de valores, depositaria y custodia, gestora de fondos, sin sucesión universal; 3) El objeto del contrato de compraventa de negocio aparece definido en la cláusula primera estableciendo que el vendedor transmitirá al Comprador su negocio bancario como unidad económica ( *Negocio transmitido* ) comprendiendo principalmente y a título enunciativo, en el apartado ( I ) por lo que aquí interesa, tesorería y depósitos del Vendedor en otras entidades de crédito, la cartera de inversión, valores representativos de deuda en el activo del balance, cuentas de orden, el pasivo de clientes ( depósitos ), débitos representados por valores negociables...; 4)

La cláusula segunda regula la " Cesión del negocio transmitido " disponiendo en el apartado 1 ( 2.1 ) cesión y venta de elementos de activo y cesión del contrato, el cual se divide en ocho subapartados, destacando el 2.1.3 la cesión del negocio de depositaria, custodia e intermediación de valores ( entre otros ) del Vendedor a Comprador que asumirá en virtud de tal cesión, la posición contractual del primero; y en el apartado segundo ( 2.2 ) la Cesión de elementos del pasivo, apartado que se subdivide a su vez en dos subgrupos: los depósitos de clientes ( 2.2.1 ); y la Cesión de otros activos financieros estableciendo: " El Vendedor cederá al Comprador, y el Comprador asumirá en virtud de cesión de la posición contractual, los derechos y obligaciones del Vendedor en las cuentas corrientes, cuentas de depósito, contratos bancarios ordinarios, tales como cajas de seguridad, custodia de valores, etc, y cualesquiera otras operaciones que no impliquen un riesgo de crédito para el Vendedor celebrado con los clientes ( en adelante, la " Cartera de Pasivos " ); 5) En la cláusula cuarta del contrato de compraventa cuyo título es " Activos y Pasivos no cedidos ", las partes para evitar dudas, determinan qué activos y pasivos no forman parte del Negocio transmitido, y por tanto quedan excluidos de la operación, siendo retenidos por el Vendedor; destacando por lo que se refiere al pasivo del vendedor que: " 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 los pasivos contingentes tales como reclamaciones contractuales o extracontractuales presentes o futuras que pueda derivarse de la actividad del Vendedor pasada o futura. En el caso que el Comprador recibiera una notificación de una reclamación por la materialización de los referidos pasivos contingentes, lo comunicará al Vendedor y le suministrará la información escrita de la que dispusiera sobre el particular ( y que hubiese sido previamente traspasada al Comprador por el Vendedor conforme al segundo párrafo de la cláusula 2 anteriores ) para que el Vendedor pueda hacer frente a dicha reclamación. El Vendedor mantendrá indemne al Comprador de los daños y perjuicios que pudiera sufrir como consecuencia de los pasivos no cedidos. Se adjunta como Anexo 4 un balance por forma a 31 de agosto de 2011



*que refleja el balance del Vendedor con los activos y pasivos no transmitidos post-operación y que no incluye el ingreso del Precio ( según se define en la Cláusula 5 posterior ). "*

Pues bien del documento esencial y definitorio de la operación de transmisión del negocio bancario de Bankpime a CaixaBank resulta que no se operó una sucesión universal como unidad económica del negocio bancario de Bankpime ( ni menos aún una operación de fusión por absorción ) sino una transmisión y cesión de determinados activos y pasivos del negocio de Bankpime, sin extinción de la personalidad jurídica de la cedente la cual continuó operando en el tráfico jurídico-mercantil con plena personalidad jurídica, si bien con la denominación de IPME 2012, S.A a partir de año 2012; tal y como se había pactado en la cláusula novena. Nos encontramos por tanto ante una transmisión y cesión negocial sin sucesión universal, de una parte de la actividad económica de Bankpime, en concreto la bancaria, permaneciendo el resto en poder de la vendedora. Se trata así de una cesión parcial del patrimonio que los contratantes delimitaron en varias cláusulas, en unas describiendo qué era lo cedido, ( art. 1, art. 2, 2.1.1, 2.1.3, 2.1.4, 2.1.5, 2.1.6, 2.1.7 y 2.2, 2.2.1, 2.2.2 y 2.3 ) y en otras identificando lo no cedido ( art. 4 ) En concreto de la cesión se excluyen dentro de los elementos del pasivo, los pasivos Contingentes tales como reclamaciones contractuales o extracontractuales presentes o futuras que pudiera derivarse de la actividad del Vendedor, siendo retenidos por el Vendedor y no formando parte del Negocio transmitido.

Ahora bien, del análisis e interpretación del contrato de transmisión del negocio bancario operado de Bankpime a favor de Caixabank, a tenor de las reglas de hermenéutica contractual consagrada en los arts. 1.281 y ss del Código Civil, contrato esencial y definitorio, hemos de concluir, que aún cuando es lo cierto que no se operó una sucesión universal entre ambas entidades ni tampoco una operación de fusión por absorción, conservando Bankpiem a través de la nueva denominación Ipme 2012 SA su personalidad jurídica. Una interpretación sistemática del clausulado del contrato de transmisión del negocio bancario, y

tomando como partida que la oscuridad que resulta de algunas cláusulas no puede perjudicar al tercero consumidor, debiendo ser interpretadas las cláusulas de acuerdo con el art. 1.288 del Código Civil en el sentido más favorable para el cliente-consumidor como aplicación concreta del principio general de buena fe en la interpretación negocial, art. 1.258 del CC, nos lleva a concluir la legitimación pasiva de Caixabank. La propia previsión contractual contemplada en la cláusula del contrato de transmisión del negocio bancario, en virtud de la cual se prevé y contempla que el comprador pudiese ser demandado por reclamación de los pasivos contingentes por terceros, debiendo en dicho supuesto quedar indemne por cuenta del vendedor ( Bankpime ) nos avala a conducir la legitimación pasiva de Caixabank. Las dudas interpretativas y oscuridad que resulta de la interpretación de dicha cláusula no puede favorecer a las partes que la redactaron en perjuicio del consumidor-cliente. Puesto que además desde la celebración del negocio jurídico de transmisión del negocio bancario Caixabank pasó a ocupar la posición contractual que Bankpime tenía frente a sus clientes respecto a los contratos celebrados con éstos con la citada Bankpime, asumiendo así el negocio del depósito y custodia de valores de los Bonos Aisa que nos ocupan. No consta además en las actuaciones que los actores tuvieran noticia de la exclusión de los pasivos contingentes de la transmisión efectuado del negocio bancario como unidad económica ( cláusula 1 ) de Bankpime a favor de Caixabank. Por ello, resulta de una interpretación sistemática del contenido negocial del contrato de transmisión del negocio bancario operado, Caixabank asumió la posición contractual de Bankpime en relación con el negocio bancario entendido como unidad económica de la cedente, lo que conlleva frente a terceros y sin perjuicio de las consiguientes acciones de repetición a ejercitar en su caso entre cesionaria y cedente, la transmisión íntegra de las relaciones contractuales en que dicho negocio consiste, esto es la transmisión global de determinada posición jurídica, sin perjuicio de las relaciones internas entre las partes contractuales. La adquisición del negocio bancario entendido como unidad económica operada a favor de Caixabank conlleva la subrogación en los contratos celebrados por la primera y derivado del negocio bancario, con asunción de su posición contractual, y

por tanto en los deberes y obligaciones de ellos derivados, con exclusión de la cedente sin perjuicio de su responsabilidad frente a la cesionaria con arreglo a lo pactado inter partes, no pudiendo las dudas interpretativas generadas perjudicar al tercero cedido.

En consecuencia, con la adquisición del negocio bancario de Bankpime por parte de Caixabank se produjo la cesión y transmisión íntegra de los contratos celebrados por aquélla con ocasión del negocio transmitido, con la consiguiente posición subjetiva contractual en la que se subrogó Caixabank. Cesión contractual que ha sido admitida por la jurisprudencia, entre otras SSTs de 3-11-2008 y 28-10-2011 a cuyo tenor: " La cesión de contrato, como transmisión de una relación contractual en su unidad, con el conjunto de derechos y obligaciones que contiene, tanto del lado pasivo ( asunciones de deuda ) como del lado activo ( cesiones de crédito ). La titularidad del contrato se mantiene entre los sucesores como causahabientes, sin afectar al contrato que continúa en vigor, tal cmo dice la sentencia de 7 de noviembre de 1988 y se atribuyen los efectos del contrato a persona distinta de la que lo concluyó, dice la de 4 de febrero de 1993, sin que surja otro contrato sino que se conserva el primero. La esencia de la cesión del contrato es la sustitución de uno de los sujetos y la permanencia objetiva de la relación contractual.

El Código Civil no regula específicamente la cesión del contrato pero se admite por doctrina y jurisprudencia, advirtiéndose que es un negocio jurídico en el intervienen tres partes, cuyas declaraciones de voluntad forman el concurso, consentimiento, que lo perfecciona. Por ello, son precisas la declaración de voluntad del cedente, antiguo contratante que sale de la relación contractual, del cesionario, que sucede y ocupa la posición del anterior y del cedido, contratante que permanece en la relación: necesidad de la conjunción de las tres voluntades que destacan las sentencias de 5 de marzo de 1994, 19 de septiembre de 1998 y 27 de noviembre de 1998 ". Y como añade la STS 4-02-2016: " En el Código civil se contempla la transmisión del crédito y la asunción de deuda, pero ha sido la doctrina y la jurisprudencia las que han aceptado la cesión del contrato como transmisión del contrato en

*sí mismo. Tal como dice la sentencia de 9 de diciembre 1997: " Falta de regulación positiva en nuestro Derecho, la cesión del contrato ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala ( Sentencias de 12 de Julio de 1.927, 1 de julio de 1.949, 26 de Febrero y 26 de Noviembre de 1.982, 23 de Octubre de 1.984, 4 de Febrero de 1.993 y 5 de Marzo de 1.994 ) según la cual la figura jurídica de la cesión del contrato supone un negocio de cesión entre cedente y cesionario, de un contrato de prestaciones recíprocas, pues de ser de prestación única se estaría ante una simple cesión de crédito y asunción de deuda, necesitando en todo caso el concurso del consentimiento por parte del contratante cedido, de tal manera que se exige una necesaria conjunción de tres voluntades contractuales, que se produce por la cesión en la titularidad de la realción convencional, conservando siempre el cedido us posisición originaria."*

*Asimismo, la de 29 de junio de 2006 precisa:*

*" La cesión del contrato implica la transmisión de la relación contractual en su integridad admitida en el ordenamiento a través de la doctrina jurisprudencial ( sentencia de 7 de noviembre de 1998 ), que sin afectar a la vida y virtualidad del contrato que continúa en vigor, mantiene sus derechos y obligaciones con los que son continuadores de los contratantes ( sentencia de 4 de abril de 1990 ) y la primitiva relación contractual se amplía a un tercero, pasando al cesionario sus efectos ( sentencia de 4 de febrero de 1993 ). Su esencia es, pues, la sustitución de uno de los sujetos del contrato y la permanencia objetiva de la relación contractual ( vid. también las sentencias de 19 de septiembre de 1998 y 27 de noviembre de 1998 ). Por lo cual, es evidente que requiere el consentimiento del contratante cedido; es, pues, necesaria la conjunción de tres voluntades contractuales ( que destaca la sentencia de 5 de marzo de 1994 )."*

*Y la de 6 noviembre de 2006 reitera:*

*" La cesión de contrato consiste " en el traspaso a un tercero, por parte de un contratante, de la poscición íntegra que ocupaba en el contrato cedido ", de manera que el cesionario adquiere los derechos que ostentaba el cedente en la relación contractual como si hubiese sido el contratante incial. Esta figura ha sido admitida por la*

*jurisprudencia de esta Sala, al no estar regulada en el del Código Civil, aunque sí lo está en el Código italiano ( artículo 1406 ) y en el Fuero Nuevo de Navarra ( ley 513.2 ). La sentencia de 26 de noviembre de 1982 declara que " puede una de las partes contratantes hacerse sustituir por un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones sinalagmáticas si éstas no han sido todavía cumplidas y la otra parte prestó consentimiento anterior, coetáneo o posterior al negocio de cesión ". Para que la cesión sea efectiva, la jurisprudencia ha exigido que en el negocio jurídico concurren las tres partes, es decir, el contratante cedente de su posición contractual, el nuevo que la adquiere y el contratante que va a resultar afectado por el cambio de deudor. ( sentencias de 9 diciembre 1997, 9 diciembre 1999, 21 diciembre 2000 y 19 septiembre 2002 ). Sin el consentimiento de éste, no existe cesión, o como afirma la sentencia de 9 diciembre de 1997, " la necesidad de mediar consentimiento es requisito determinante de la eficacia de la referida cesión contractual ".*

*Además, se ha dictado, reiterando los conceptos anteriores, la sentencia de 28 octubre 2011. En todas ellas se destaca que es un negocio jurídico trilateral, que precisa, como elementos esenciales, el consentimiento del cedente, el del cesionario y, también, del cedido.*

Por lo que al dilucidarse en los presentes autos la responsabilidad contractual surgida por incumplimiento de los deberes de información, lealtad y buena fe con carácter principal y subsidiaria anulabilidad por error vicio del consentimiento y relativo al ámbito de intermediación de valores, complementaria del negocio de depósito o custodia y administración de las mismas, desplegada por el cedente, en cuya posición se subrogó la cesionaria, la subrogación contractual operada a favor de Caixabank al ocupar la posición originaria de Bankpime a todos los efectos frente a los terceros, permite concluir la legitimación pasiva cuestionada por la recurrente.

**TERCERO.-** Subsidiariamente alega Caixabank la falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haber sido demandada la emisora de los títulos Aisa SA ( Agrupación Actividades e

Inversiones Inmobiliarias SA ), empresa filial de AGRUPUACIO MUTUA, actualmente FERGO AISA SA, en tanto Bankpime no emitió los títulos o productos financieros ( BONOS AISA ) sino que se limitó a realizar función de simple intermediación en el proceso de venta.

No podemos compartir las alegaciones de la impugnante. Las acciones ejercitadas tanto con carácter principal responsabilidad contractual por incumplimiento de las obligaciones legales de información, lealtad y transparencia, como subsidiaria, anulabilidad por error vicio del consentimiento, lo son frente a Bankpime ( CaixaBank por las razones antes expuestas ), en tanto comercializadora del producto financiero - Bonos AISA o Bonos Fergo AISA - con quien los actores contrataban el valor negociable. Ninguna relación tienen con la empresa emisora de los títulos, cuando además no se cuestiona la validez de aquéllos, sino que se acciona frente a quien comercializó el producto. La relación contractual operó entre los actores y Bankpime - en tanto intermediaria de los valores negociables - con quienes los actores contrataron tras ofrecerles el producto. Es evidente así que la vinculación operó tan solo con Bankpime, resultando extraña y ajena la empresa encargada de los títulos. Fue Bankpiem quien comercializó, ofreció y vendió el producto a los actores, desplegándose así las correspondientes obligaciones y derechos para con ella, única obligada. Frente a los actores y por ende única legitimada pasivamete para soportar la acción principal de resolución cotractual y subsidiaria acción de nulidad por error vicio del consentimiento a la hora de adquirir el producto. Se trata de un incumplimiento ligado a la inobservancia por Bankpime de las obligaciones de información que le incumbían frente a los clientes en el ejercicio de su actividad de prestación de servicios de inversión.

**CUARTO.-** Por último se alega la caducidad de la acción ejercitada por el transcurso del plazo de cuatro años establecido en el artículo 1.301 del Código Civil, plazo que comenzará a correr desde la consumación del contrato celebrado el 13 de julio de 2006 cuando la demanda se presentó con posterioridad a julio de 2010, concretamente en mayo de 2014.

Señalar " prime facie " que el plazo de caducidad cuatrienal que establece el art. 1.301 C.C tan solo operaría, en su caso, frente al ejercicio de la acción de anulabilidad por error vicio, pero no frente al ejercicio de la acción de responsabilidad contractual cuyo plazo es el general de diez años, a tenor de lo establecido en el art. 121.20 C.C.Cat. Pero además y el ámbito de la acción de anulabilidad ya nos hemos pronunciado con reiteración diciendo:

...se admite por esta Sala que la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento se interpone en relación a los procesos contractuales propios de la adquisición de las obligaciones subordinadas perpetuas o a término aún no alcanzado sin ponerse en cuestión en sí la emisión general y global de dichas obligaciones. Caixa Catalunya contrató con la demandante la compra de las obligaciones subordinadas el 3 / 11 / 2008, tras su emisión el 22 de octubre de 2008.

Se invoca así la caducidad de la acción habida cuenta que el artículo 1301 del CC dispone que la acción de nulidad ( en referencia a la anulabilidad), solo durará cuatro años comenzando este tiempo a correr en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa , desde la consumación del contrato.

Pues bien, como recoge y sintetiza la sentencia de la Sección 13ª de esta Audiencia de fecha 25 Junio de 2014 y en relación a la compraventa de títulos de participaciones preferentes, algunas Secciones de AAPP consideran que se trata de un contrato de tracto único, por lo que la acción ejercitada queda consumada en el momento de la adquisición de las participaciones preferentes, entendiendo que (1) no puede hablarse de un contrato de tracto sucesivo , por cuanto en este tipo de operaciones, el Banco recibe la orden de compra del cliente, y se limita a adquirir para el cliente las participaciones que emite un tercero, por lo que el contrato se consuma cuando el cliente entrega el dinero al comisionista para la compra de las acciones y le paga la comisión pactada, y éste adquiere las participaciones; (2) que el depósito de las participaciones y la apertura o conservación de la cuenta en que

se ingresan las liquidaciones periódicas que realiza el banco emisor no constituyen prestaciones derivadas del contrato de comisión, sino que dicen que se trata de prestaciones derivadas de los servicios bancarios que prestan la entidad al cliente para la administración de sus activos; y (3) que sólo pervive para el Banco una obligación de carácter residual, como es la del mantener abierta una cuenta de titularidad de la demandante, donde ingresar los rendimientos de las participaciones y, en su caso, ser depositaria de las mismas, mediante el mantenimiento de la inscripción realizada en el momento de la compra. En base a todo lo cual, consideran que el plazo de cuatro años ha de computarse desde que se ejecutan las órdenes de compra y venta pues en ese momento se consume el encargo.

Otro grupo de secciones, considera que el contrato objeto de esta litis es un contrato de ejecución diferida en cuanto que el mismo implica el pago de prestaciones periódicas al contratante, en tanto en cuanto sea poseedor de las participaciones y, en consecuencia, el plazo de caducidad no puede ser aplicado, hasta el momento que aquellas dejan de tener virtualidad.

La sentencia de la AP de Salamanca de 19 de junio del 2013, analiza un supuesto idéntico, sobre la base de la STS de 11 de junio de 2003, establece "...ciertamente, el artículo 1301 del CC establece que la acción de nulidad sólo durara cuatro años, tiempo que empezara a correr, en los casos de error, desde la consumación del contrato. Y en interpretación de este precepto legal ha señalado la doctrina jurisprudencial, en primer lugar, que el plazo de cuatro años fijado para el ejercicio de las acciones de nulidad relativa o anulabilidad no ha sido entendido en forma unánime como de caducidad, y así lo decidió la STS de 27 de febrero de 1997 ( que cita las de 25 de abril de 1960, de 28 de marzo de 1965, de 18 de octubre de 1974, de 27 de marzo de 1987 y de 27 de marzo de 1989 ) al declarar que el plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad es un plazo de prescripción y no de caducidad (en el mismo sentido, la STS de 1 de febrero de 2002).

Y, en segundo término, que tal plazo empezará a contarse, no desde



la perfección del contrato, sino desde su consumación, es decir, cuando se haya producido el completo cumplimiento de las prestaciones por ambas partes...

Para que no quede ninguna duda, la STS de 11 de junio de 2003, aclara la cuestión, con remisión amplia a otros numerosos precedentes, en éstos términos:

....En orden a cuando se produce la consumación del contrato (...), es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (...) Este momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes (...) Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala, afirmando que el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo (...) y la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó. Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, NO de que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, SINO QUE la misma no podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del CC..."

Dicha interpretación es también acogida por la sentencia de AP Valencia de 10 de junio de 2013 "En relación a la excepción de caducidad de la acción el artículo 1301 del Código Civil dispone que: "La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: En los casos... de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.". En relación con el cómputo del plazo del artículo 1301, señala asimismo la doctrina que el momento inicial no es nunca anterior al cumplimiento del

contrato, por lo que la acción de restitución no puede empezar a prescribir conforme al artículo 1969 del Código Civil , sino desde la consumación, destacando la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2008 - en relación a un contrato de préstamo - que no puede entenderse cumplido ni consumado el contrato hasta la realización de todas las obligaciones. La Sentencia del 11 de junio de 2003 declara que: "Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código . En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad , pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones ( sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928 ), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr " desde la consumación del contrato ".Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes ", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó....". Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil . Entender que la acción solo podría ejercitarse "desde" la consumación del contrato, llevaría a la conclusión jurídicamente ilógica de que hasta ese momento no pudiera ejercitarse por error, dolo o falsedad en la causa, en los contratos de tracto sucesivo, con prestaciones periódicas, durante

la vigencia del contrato."

No puede estimarse la excepción puesto que la consumación del contrato para que se inicie el plazo de caducidad, sobre la base de error vicio del consentimiento al no haber realizado la entidad una información completa, adecuada y suficiente sobre el producto concertado, en cuanto a los concretos riesgos asociados, a tenor del criterio señalado en la S.T.S de 12 de enero de 2015 dictada en Pleno, no se produce sino con la realización de todas las obligaciones, esto es cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, esto es cuando se hayan consumado en la integridad los vínculos obligacionales. Como dice el T.S: "*Al interpretar hoy el art. 1.301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas, tal como estable el art. 3 del Código Civil.*

*La redacción original del art. 1.301 del Código Civil, que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los " contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente ", quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.*

*La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en la que a fines del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la " consumición del contrato " como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1.301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio de consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "*

*actio nata "*, conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios del Derecho europeo de los contratos ( art. 4:113).

*En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.*

*Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error."*

La inversión se debió amortizar en agosto de 2011, que es cuando los actores tuvieron conocimiento del real alcance del riesgo del producto contratado, habiéndose instado la demanda en mayo de 2014. Por lo que en atención a la doctrina sentada por el Pleno del Tribunal Supremo no puede la excepción de caducidad ser acogida.

El motivo perece.

**QUINTO.-** El recurso de apelación formalizado por los actores se dirige a combatir la apreciación probatoria en la forma realizada por el juzgador " a quo " en cuanto entienden hubo un defecto en las obligaciones de información que competían a Bankpime al comercializar el producto financiero - Bonos AISA -; deficiente e

insuficiente información en cuanto a los riesgos de pérdida de capital, de lo que resulta que carecían de la información precisa y adecuada para contratar el producto financiero conociendo las características y riesgos propios del producto financiero.

Como presupuestos fácticos de interés a resaltar acreditados de la prueba practicada son los que siguen: 1) Que los consortes D. y D<sup>a</sup>.

de profesión maestros de escuela, clientes desde hacía unos 20 años aproximadamente con la sucursal de Bankpime sita en y en concreto contando con el asesoramiento del Sr. ( del que eran vecinos ), contrataron el 13-07-2016 el valor denominado " AISA 08/11 5% BO " por importe de 48.000 euros, a tenor de la Orden de Compra acompañada al folio 34, con Bankpime ( ); 2) Que dicho capital, era fruto de sus ahorros, y procedía de un Fondo de Inversión cuyo capital no estaba garantizado, Fondo recomendado por Bankpime; 3) Que en el momento de la compra del producto financiero no fue suministrado a los actores, por el asesor empleado de Bankpiem, el folleto de emisión del producto, del que carecía también el asesor; 4) El producto se comercializó como un producto de renta fija, un producto de ahorro, como así reconoció el propio testigo-empleado Sr.

En cuanto a la naturaleza jurídica del producto financiero de autos " Bonos AISA " resulta que lo adquirido fue un total de 42 bonos, a razón de 1.000 euros bono, de los emitidos por la mercantil AISA ( Agrupación Actividades e Inversiones Inmobiliarias SA ) en agosto de 2006, por un importe nominal de 25.000.000 euros, con fecha de amortización el 14 de agosto de 2011, sin opción de amortización anticipada, con un interés fijo del 5% desde el 14 de agosto de 2006 a la fecha de amortización, y periodicidad de pago de los cupones anual, el día 14 de agosto de cada año, - colocado íntegramente o comercializado por Bankpime, y cotizan en el Mercado de Renta Fija ATAF, según la nota de valores que obra en la Comisión Nacional del Mercado de Valores ( documento núm. 7 de la contestación ). La nota expresada indica que se trata de una oferta pública de Bonos Simples, denominados Bonos AISA Agosto 2006. Se destacan los

riesgos diferenciando dos apartados: " Riesgos de los valores " y " Riesgos del Emisor ". Entre los primeros destacan: el riesgo de subordinación y prelación ante situaciones concursales, el riesgo por fluctuación del tipo de interés; y el riesgo de crédito a cuyo tenor: " *La emisión a la que hace referencia esta Nota de Valores no tiene asignada calificación crediticia por las agencias de calificación de riesgo crediticio*". Entre las segundas destaca por lo que aquí interesa el Riesgo de Crédito: " *Es el riesgo de pérdida que se puede producir ante el incumplimiento de los pagos por parte de la entidad emisora de los títulos ( contrapartida ). A fecha de registro de esta Nota de Valores ( Agrupació Actividades e Inversiones Inmobiliarias, SA ) AISA no tiene asignada calificación crediticia ( Rating ) por las agencias de calificación de riesgo crediticio.*" , junto con las otras que se enumeran en la Nota.

Sin desconocer que los Bonos AISA, Bono Simple, son un título de renta fija emitido por una mercantil ( AISA ) para financiarse y ofrece a cambio pagos periódicos con interés fijo ( cupones ) conocidos de antemano por el inversor, con un vencimiento determinado, y que los Bonos simples son valores que representan una deuda para su Emisor, devengan intereses y son reembolsables por amortización anticipada o a vencimiento, salvo emisiones perpetuas.

Esto es los Bonos son activos financieros de deuda emitidos por estados, entidades públicas o empresas privadas, con el fin de captar recursos financieros a corto, medio o largo plazo a cambio de proporcionar a los compradores de estos activos un interés, sea implícito o explícito, y a la devolución del dinero captado en la emisión. Ahora bien, frente a otros productos financieros que han sido objeto de litigos entre los últimos años, como los Swaps y las Acciones o Participaciones Preferentes, los bonos no son un producto financiero complejo, como sucede con las acciones de empresas que tampoco tienen este carácter. En el presente caso la propia tipificación contractual del bono era la de Bono Simple.

La actividad de las entidades comercializadoras de las obligaciones subordinadas está sujeta a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del

Mercado de Valores, cuyo artículo 1 define su objeto como la regulación del sistema de negociación de instrumentos financieros, estableciendo a tal fin los principios de su organización y funcionamiento, así como las normas relativas a los instrumentos financieros y a los emisores de estos instrumentos. Esta Ley ha sido objeto de modificación recientemente por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, que entró en vigor el 13 de noviembre de 2015. Por otro lado, en la época en que se contrataron los bonos aún no estaba vigente la normativa MiFID, derivada de la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, que se traspuso en España por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley del Mercado de Valores, que entró en vigor el 21 de diciembre de 2007. En el presente caso la legislación aplicable es la vigente hasta el 21 de diciembre 2007.

En el artículo 2-1 la Ley del Mercado de Valores considera que quedan comprendidos en dicha Ley los valores negociables emitidos por personas o entidades, públicas o privadas, y agrupados en emisiones. Tendrá la consideración de valor negociable cualquier derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea su denominación, que, por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero. Por otro lado, el artículo 2.1, letra c) considera como valores negociables a los efectos de la normativa del Mercado de Valores los bonos, obligaciones y otros valores análogos, representativos de parte de un empréstito incluidos los convertibles o canjeables. Puesto que según la clasificación de los productos financieros realizada por el art. 79 bis 8 a) LMV ( actual art. 217 del Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre ), son productos no complejos, los qse cumplan todas y cada una de las siguientes cuatro carecterísticas: a) que sean reembolsables en cualquier momento a precios conocidos por el público; b) que el inversor no pueda perder un importe superior a su coste de adquisición, es decir, a lo que invirtió inicialmente; c) que exista información pública, completa y comprensible para el inversor minorista, sobre las características del producto; y d) que no sean productos derivados. A sensu contrario, son productos

o instrumentos financieros complejos los que no cumplen con todas o alguna de las características anteriores. Los productos complejos pueden suponer mayor riesgo para el inversor, suelen tener menor liquidez y en ocasiones no es posible conocer su valor en un momento determinado ) y, en definitiva, es más difícil entender tanto sus características como el riesgo que llevan asociado. Ahora bien una cosa es que pese a la configuración de los bonos como producto financiero no complejo ello no implica que no se trate de un producto amargado o con riesgo, que sí lo es. Esto es la conceptualización del producto financiero como no complejo - Bono AISA - no debe confundirse con el carácter arriesgado del producto, y derivado del riesgo de pérdida del capital invertido, como aquí acontece al tratarse de Bonos no garantizados como indica la propia Nota y así reconoció el propio empleado Sr. .

Por ello se trata de títulos valores y como tales gozan de la protección de la legislación que los regula y a la que se hace referencia también en la Nota que comentamos, en la que se indica como " Legislación según la cual se han creado los valores ", la siguiente:

- Ley 24/1988 de 28 de julio, mercado de Valores.
- Real Decreto 1310/2005 de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de los valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos.
- Reglamento ( CE ) nº 809/2004 de la Comisión, de 29 de abril, relativo a la aplicación de la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del consejo en cuanto a la información contenida en los folletos así como al formato, incorporación por referencia, publicación de dichos folletos y difusión de publicidad.
- Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades Anónimas ( Capítulo X, de las Obligaciones )

No obstante, con posterioridad a la emisión de tales bonos en julio de 2006 la legislación española sobre la materia ha sido ampliada, de modo que actualmente a los textos expresados había que añadir los siguientes:



- Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de Actuación en los Mercados de Valores, derogado por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre que modificó la antes indicada ley 24/1988.
- Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión.
- Directiva Comunitaria 2004/39/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los mercados de Instrumentos Financieros ( Mifid ), desarrollada por la Directiva 2006/73/CE de la Comisión sobre los requisitos organizativos de las empresas de inversión.
- Reglamento de la CEE 1287/2006 de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por el que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las obligaciones de las empresas de inversión de llevar un registro, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado, la admisión a negociación de instrumentos financieros y términos definidos a efectos de dicha Directiva.
- Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se modifican la Ley 13/1985, de 25 de mayo, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el Real Decreto Legislativo 1298/1986, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas.
- Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.
- Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores.

El producto adquirido - Bonos AISA - es por tanto un Bono simple emitido por una sociedad mercantil y con la finalidad de obtención de recursos a favor de la Emisora, y en cuya virtud el emisor se compromete a devolver en una fecha determinada el capital recibido y a retribuirlo con una cantidad periódica - cupones - en concepto de intereses al tipo del 5% y periodicidad anual. Cotiza en el mercado de renta fija AIAF, mercado regulado español para la deuda corporativa o renta fija privada. Se trata por tanto de un producto de carácter simple o no complejo pero arriesgado - pérdida de capital invertido -.

**SEXTO.-** En cuanto a los deberes de información a cargo de la entidad Bankpime, comercializadora del producto, cabe señalar que correspondía a la entidad demandada la carga de acreditar que Bankpime informó de manera clara, completa y adecuada a los actores sobre la naturaleza del producto contratado y en especial de los riesgos asociados al mismo; y más concretamente del riesgo de pérdida del capital ante la insolvencia del emisor, esto es del riesgo de crédito que comportaba la posible pérdida del capital invertido ante la posible insolvencia de la sociedad emisora.

En relación a la obligación de información en el ámbito de valores negociables, el art. 79 de la Ley del Mercado de Valores, en la redacción existente en el momento de la suscripción de bonos, señalaba:

*" Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos:*

- a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado.*
- b) Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos.*
- c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios.*
- d) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores impone.*
- e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados."*

Y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, también de aplicación, recogía las normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, y contenía un código de conducta en el que se exigía de la entidad bancaria, entre otras, las obligaciones de información que se recogen en el art. 5 apartado tercero, que indica:

*"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".*

Las anteriores normas determinan que corresponda la entidad bancaria la carga de acreditar que proporcionó al cliente la información que exigen dichos preceptos. Y la obligación de información de las entidades financieras, dada la complejidad de este mercado y el propósito de que se desarrolle con transparencia, exige que se cumpla especialmente en la fase precontractual con explicaciones exhaustivas y detalladas, folletos o documentos informativos, así como, posteriormente, a través de la redacción de los contratos que debe ser exacta, imparcial, clara y no engañosa. Además el TS ha indicado que esta obligación de información legalmente requerida se debe traducir en una obligación activa de las empresas que actúan en este ámbito, y no de mera disponibilidad.

La STS, de 20 de enero de 2014 ( Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO ) razona:

*" Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto."*

Y considera que:

*" Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L ( C-604/2011 ), " (I) 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 que 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 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 ". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que " se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público."*

*El perfil de los clientes actores era claramente el de un minorista y consumidor, no profesional aún cuando tuviese suscritos distintos paquetes de acciones con empresas como Telefónica o Endesa. Se trataba de un matrimonio cuya profesión fue la de maestros de escuela cuyos ahorros se hallaban diversificados en productos tales como acciones o participaciones y fondos de inversión. Aún cuando pudiera calificarse con un perfil no exactamente conservador tampoco puede conceptuarse con perfil agresivo. Del resultado de los oficios librados al AEAT resulta que las pérdidas y ganancias de los años 2004 a 2013 derivan de transmisiones o reembolsos de acciones o participaciones tales como Antena 3, Bankprime, Páginas Amarillas, Endesa, Altadis, Telefónica y Bankia y fondos de inversión. Ningún producto derivado o complejo en términos del art. 79 bis 8 a) de la LMV. No se discute la consideración del cliente minorista ni menos aún de consumidor o usuario. Sin desconocer que este requisito de clientes no tiene " per se " restringido la*

contratación de ningún tipo de producto financiero, correspondiendo a la demandada acreditar que cuando los actores contrataron con Bankpime los Bonos AISA contaron con información completa y adecuada, es decir que Bankpime a través del asesor suministró al cliente toda la información relevante en torno a las características y riesgos asociados al producto a fin de adoptar la decisión de inversión con conocimiento de causa y correcta comprensión de las consecuencias de la inversión.

Y dicho extremo no consta acreditado en las actuaciones. La orden de compra es parca en lo concerniente a la naturaleza del producto y nada destaca sobre los riesgos del emisor y la posible pérdida de capital. Como reconoció el propio testigo empleado de Bankpime Sr. en su declaración no les fue entregado el folleto informativo, folleto del que tampoco disponía el declarante en el momento de la comercialización. Dijo el Sr. que los clientes acudieron y solicitaron información sobre un producto que se adecuase a sus necesidades, buscaban algo para invertir. Como reconocen los propios actores el motivo de poner el dinero en este concreto producto fue porque inicialmente estaba en otro fondo que no estaba garantizado y huyendo de tal riesgo buscaban un producto que fuese seguro. El propio testigo Sr. reconoció que al buscar algo para invertir, se les informó de distintos productos, adecuándose los Bonos AISA a las necesidades del cliente, al tratarse de un producto que tenía vencimiento y cobro de cupones anuales a un interés fijo. No resulta creíble la afirmación que realizó el testigo, carente de constatación objetiva y certeza, cuando afirma que se les informó de la posible pérdida de la inversión o del capital cuando precisamente la razón de acudir al Banco era de invertir y salvaguardar sus ahorros, esto es la de salvaguardar el capital de un fondo, también recomendado por Bankpime, en que no estaba garantizado. Difícilmente creíble que les informara de la posible pérdida del capital invertido por riesgo de crédito del emisor, cuando el producto se ofertaba como un producto del ahorro, como así reconoció, y además como una alternativa a un fondo de inversión no garantizado.

La iniciativa en ofrecer el producto Bono AISA partió del Banco.

Fue Bankpime a través de su empleado, y asesor de los actores, quien les ofreció y presentó el producto.

Por tanto la actuación de Bankpime no fue una mera intermediación sino asesoramiento financiero orientado a los actores a la adquisición de los Bonos AISA, empresa además del mismo grupo empresarial al que pertenecía Bankpime, Agrupación Mutua.

No consta se advirtiese a los actores del riesgo de crédito de pérdida de capital en caso de insolvencia de la entidad emisora. No fue entrega el Folleto informativo presentado a la CNMV ni tampoco tríptico alguno. El propio testigo reconoció que no disponía del folleto cuando ofertó el producto.

Se ha de concluir, por todo ello que Bankpime incumplió sus obligaciones legales y contractuales, a las que estaba obligada para con su cliente por el servicio de asesoramiento que les prestó. Pues no consta prueba objetiva que acredite de modo certero que informó debidamente a los actores de los riesgos del producto que se comercializó, y por ello debe responder de los daños causados.

El evidente error excusable también hubiese comportado la nulidad del contrato por error vicio. Pues como indica la S.T.S de 12 de enero de 2015: " Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas ( siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error ). Pero cuando, como concurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, lo que implica que debe facilitar la información correcta en la promoción y oferta

de sus productos y servicios y no solamente en la documentación de formalización del contrato mediante condiciones generales, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada ( art. 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo ), en tal caso, la omisión de esta información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento de la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico. "

**SEPTIMO.-** Corolario de lo hasta aquí expuesto ha de ser la estimación del recurso y consiguientemente de la demanda ante el incumplimiento de los deberes legales y contractuales de información que compelian a Bankpime para con los actores, deficiente información sobre las verdaderas características del producto en cuanto a los riesgos asociados al mismo a fin de adoptar la decisión de inversión con conocimiento de causa. Sin que la información post-contractual a través de los extractos bancarios ni la información fiscal pueda suplir el deficit informativo esencial y relevante que concurre a la fecha de su comercialización en cuanto no se advirtió a los actores del riesgo del crédito, y consiguiente pérdida del capital, esto es que la empresa que emite el bno quiebre con la consiguiente pérdida de la inversión. Por todo ello la omisión de información clara, completa y transparente sobre el funcionamiento y riesgos asociados al producto o dicho de otro modo la facilitación de una información incompleta, inexacta o poco clara determina la procedencia de la acción de resolución planteada y por consiguiente la condena a la demandada al pago a los actores de la suma invertida en la adquisición de los bonos de importe 48.000 euros, más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores, junto con los intereses legales sobre estos importes, debiéndose compensar y descontar el importe de los cupones percibidos por los actores e intereses legales de los mismos desde su percepción a tenor de lo dispuesto en los arts. 1.108 y 1.101 del Código Civil.

**OCTAVO.-** En cuanto a las costas causadas se imponen las de la instancia a la demandada.

En cuanto a ls causadas en la presente alzada no se hace expresa imposición de las causadas a instancia de ninguna de las partes recurrentes a tenor de lo dispuesto en el art. 398.2 de la LEC y concurrir serias dudas jurídicas en cuanto al tema de la legitimación pasiva " ad causam " visto la disparidad de criterios a favor y en contra de aquélla respecto de Caixabank, lo que la hacen merecedora de concurrir serias dudas jurídicas, art. 398.1 en relación con el art. 394.1 in fine LEC -.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación,

**F A L L A M O S**

LA SALA, **ACUERDA: ESTIMAR el recurso de apelación** interpuesto por

y

y **DESESTIMAR la impugnación** de CAIXABANK SA contra la sentencia dictada en fecha 12 de enero de 2015 por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 24 de Barcelona en autos de Procedimiento ordinario núm.

de los que el presente rollo dimana y **REVOCAR** la sentencia de instancia y con estimación de la demanda interpuesta por

y

frente

a CAIXABANK SA, declaramos que Bankprime, hoy Caixabank SA, incumplió sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de los valores Bono AISA y en consecuencia se declara resuelto el contrato de 13 de julio de 2006 por el que se adquieren los bonos, de Fergo AISA y condenamos a la demandada a pagar a los actores, en concepto de daños y perjuicios el importe de 48.000 euros en concepto de principal invertido más los intereses legales devengados, más los gastos de custodia directamente



vinculados a estos valores; a la suma que resulte deberá descontarse el importe de los cupones percibidos por los actores junto con los intereses legales; todo ello con expresa condena en costas de la instancia a la demandada; y sin hacer especial pronunciamiento de las causadas en la presente alzada a ninguna de las partes.

Contra esta sentencia cabe interponer Recurso de Casación en el plazo de veinte días hábiles, si en su caso concurrieran los requisitos legales previstos por el art. 477 de la LEC.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma, para su debido cumplimiento.

Así por nuestra sentencia, de la cual se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados/a que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.