



Juzgado de Primera Instancia nº 46 de Barcelona

Avenida Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, edificio C, planta 10 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549446
FAX: 935549546
EMAIL: instancia46.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120148161452

Procedimiento ordinario

Materia: Juicio ordinario otros supuestos

Cuenta BANCO SANTANDER:

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 46 de Barcelona

Para ingresos en caja. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Parte demandante/ejecutante: ,
Procurador/a: Pedro Moratal Sendra
Abogado/a: Óscar Serrano Castells

Parte demandada/ejecutada: CAIXABANK SA
Procurador/a: Angel Joaniquet Tamburini
Abogado/a:

SENTENCIA Nº 141/2016

Magistrado: Joan Granero Peñalver

Lugar: Barcelona

Fecha: 15 de septiembre de 2016

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales demandante, en el nombre, y representación que acreditó, formuló ante este Juzgado demanda de juicio ordinario contra la mencionada demandada, alegando, en apoyo de sus pretensiones, los hechos y los fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso, y terminó suplicando al Juzgado:

Que se dicte Sentencia estimando íntegramente la demanda, y en virtud de la cual:

- Se declare el incumplimiento contractual de la demandada de sus obligaciones contractuales en pacto de recompra de valores; así como de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta de los instrumentos objeto de la presente demanda en los términos recogidos en la misma. Como consecuencia de esta declaración, se declare resuelto el contrato por el que se adquirieron los bonos de Fergo Aisa de fecha 21/07/2006, y se condene a la demandada al pago en concepto de daños y perjuicios del importe de 50.000 euros más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores contabilizados en el hecho quinto de la demanda, más los intereses legales sobre estos conceptos desde el cargo en cuenta, debiéndose





compensar los importes percibidos por el actor en concepto de cupón, y que salvo error u omisión, se han contabilizado en el hecho quinto de la demanda, en el importe de 5.175 euros.

- b) Subsidiariamente, se declare la nulidad del referido contrato (ya sea radical o relativa). Como consecuencia de esta declaración, se condene a CaixaBank, SA al pago en concepto de restitución, del importe de 50.000 euros, más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores que deberán contabilizarse según lo expuesto en el hecho quinto de esta demanda y los intereses legales que correspondan sobre estos importes desde el cargo en cuenta y hasta su efectivo pago, debiéndose compensar de todo ello los importes percibidos por el actor en concepto de cupón, y que salvo error u omisión, se han contabilizado en el hecho quinto de la demanda, en el importe de 5.175 euros
- c) Se procederá a la restitución de los títulos a CaixaBank, SA o a quién esta designe
- d) Se condene en costas a la parte demandada.

Las mencionadas alegaciones y fundamentos, contenidas en la demanda, se dan aquí por reproducidas y forman parte del presente antecedente.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, mediante el correspondiente Decreto, se dio traslado a la parte demandada, para que contestase a la demanda en el plazo de 20 días, lo que hizo en el plazo legalmente establecido, en el sentido de oponerse, alegando, en apoyo de sus pretensiones, los hechos y los fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, y terminó suplicando al Juzgado: que se dictase Sentencia desestimando íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora.

En la contestación a la demanda se alega la excepción procesal de falta de legitimación pasiva ad causam, aduciendo que CaixaBank no se ha subrogado en la posición de Bankpime ya que sólo se había existido la compra por CaixaBank de una serie de activos y pasivos (no existía sucesión universal). La parte demandada también alega inimpugnabilidad de la compraventa de valores, inexistencia de asesoramiento por parte de Bankpime, que al demandante se le facilitó la información precontractual y contractual debida, no existía una obligación de recompra como condición expresa; tampoco existió incumplimiento contractual y no existe causa de nulidad.

Las mencionadas alegaciones y fundamentos, contenidas en la contestación de la demanda, se dan aquí por reproducidas y forman parte del presente antecedente.

TERCERO.- Convocadas las partes a la preceptiva audiencia previa al juicio que señala





la Ley, y llegado que fue el día señalado, comparecieron ambas partes, exhortándose a las mismas que llegaran a un acuerdo, que no se logró, afirmándole y ratificándose en sus respectivos escritos de demanda y contestación, y realizando las manifestaciones que obran en autos y solicitando el recibimiento del pleito a prueba, todo lo cual consta debidamente registrado en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, con el resultado que obra en autos.

CUARTO.- Acordado el recibimiento del pleito a prueba, a instancia de ambas partes, y llegado que fue el día señalado para el juicio, se practicó la prueba propuesta y admitida (documental y testifical).

Se llevó a cabo la prueba propuesta y admitida en los términos que consta en la grabación, y que, en aras a la brevedad, se tiene por reproducido. Posteriormente, las partes formularon oralmente sus conclusiones, en los términos que obran en autos.

QUINTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales, salvo el del término para dictar sentencia, debido al número y complejidad de asuntos que se deben resolver en este Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte demandante ha ejercitado la acción de resolución contractual y de daños y perjuicios que ampara en los artículos 1124, 1101, 1256, 1258 y concordantes del Código Civil estatal. Como consecuencia de esta pretensión, se solicita que se declare resuelto el contrato por el que se adquirieron los bonos de Fergo Aisa de fecha 21/07/2006, y se condene a la demandada, CaixaBank, SA, al pago en concepto de daños y perjuicios del importe de 50.000 euros más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores contabilizados en el hecho quinto de la demanda, más los intereses legales sobre estos conceptos desde el cargo en cuenta, debiéndose compensar los importes percibidos por el actor en concepto de cupón, y que salvo error u omisión, se han contabilizado en el hecho quinto de la demanda, en el importe de 5.175 euros.

Subsidiariamente, el demandante solicita que se declare la nulidad del referido contrato (ya sea radical o relativa). Como consecuencia de esta declaración, se solita que se condene a CaixaBank, SA a las mismas cantidades señaladas.

Por su parte, la demandada, admite que existió la suscripción a la que se refiere la demanda, pero se opone a la misma en base a la existencia de falta de legitimación pasiva. En cuanto al fondo, alega que Caixabank no se ha subrogado en la posición de Bankpime, SA, ya que sólo se había existido la compra por Caixabank de una serie de activos y pasivos (no existía sucesión universal).





Frente a la reclamación formulada de contrario, la demandada analiza la naturaleza no compleja de los bonos adquiridos. Expone Caixabank,SA que el contrato de depósito y administración de valores que liga a las partes no se corresponde con el ámbito del asesoramiento de inversiones o la gestión de cartera de valores. Considera la demandada que la información suministrada a la actora fue la necesaria y, además, fue correcta y precisa. Expone, en definitiva, que no se ha producido en este caso ningún incumplimiento contractual: niega que existiera en este caso pacto de recompra de los valores así como sostiene que tampoco hubo incumplimiento e materia de información suministrada al cliente.

Además, expone que no existe nexo causal entre el daño sufrido por la actora (pérdida de la inversión) y la actuación propia. En cuanto a la acción de nulidad, la demandada niega la responsabilidad de la entidad bancaria, afirmando que en la operación de compra de los bonos ha sido una simple mediadora, añadiendo que la titular de los efectos y vendedora de los mismos es Fergo Aisa, SA . Alega que la acción de nulidad está caducada, por el transcurso del plazo de 4 años del artículo 1.301 del Código Civil estatal y que no ha existido ningún tipo de vicio (error) en el consentimiento de la actora.

La parte demandada, alega que no es impugnable la compraventa de valores, la inexistencia de asesoramiento por parte de Bankpime, SA, que al demandante se le facilitó la información precontractual y la contractual debida. En definitiva, no existía una obligación de recompra como condición expresa; tampoco existió incumplimiento contractual y no existe causa de nulidad ni de resolución contractual.

SEGUNDO.- Si nos ceñimos al objeto de debate, en primer lugar, debe resolverse: si existe, o no, falta de legitimación pasiva por parte de CaixaBank, SA.

Efectivamente, la parte demandada alega su falta de legitimación pasiva sobre la base que únicamente había adquirido determinados elementos del activo y pasivo que formaba el negocio bancario de Bankpime, SA sin concurrencia de un supuesto de sucesión universal y con constancia expresa en el contrato de adquisición de los mismos que quedaban excluidos los pasivos contingentes, tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que pudieren derivarse de la actividad de Bankpime, SA aduciendo además que ésta entidad mantiene su personalidad jurídica y que ninguna sucesión se ha producido a propósito de eventuales reclamaciones por productos adquiridos a través de Bankpime,SA.

Para resolver la cuestión debatida, es menester tener en cuenta que la compraventa del negocio bancario de Bankpime SA a Caixabank SA se realizó en el 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, SA de cumplir con los requisitos mínimos de capital exigidos por la norma (así consta en el exponer I del contrato suscrito entre ambas entidades el 29/09/2011, aportado por la propia demandada) lo que motivó que





transmitiera al comprador Caixabank, SA los activos y pasivos que conforman el negocio bancario, incluyendo la intermediación de valores, depositaría y custodia, así como su gestora de fondos, "sin sucesión universal" según se dice en el exponen V de dicho contrato, elevado a público por escritura de 1 de diciembre, en cuya fecha, según el informe de la CNMV, "con número de registro 154118, Caixabank, S.A. adquirió el negocio bancario y de gestión de fondos de Bankpime" que causó baja en la CNMV el 29/06/2012 de jun y cambió su denominación por la de IPME 2012 SA, que ha sido declarada en concurso necesario de acreedores.

En base al contrato aportado, junto con una transmisión de la cartera de inversión crediticia de Bankpime, S.A., resulta que es aplicable la normativa propia de la cesión de créditos establecida en los artículos 1526 y siguientes del Código Civil estatal. Ahora bien, la figura de la cesión del contrato en cuanto tal no se encuentra regulada, como tal, en el Código Civil estatal, aunque es generalmente admitida por la jurisprudencia y por la doctrina científica. Previstas solamente en nuestro Código la cesión de créditos y la asunción de deudas, la ubicación normativa de la cesión contractual debe residenciarse en el artículo 1.255 del Código Civil y, por tanto, en el principio de autonomía de la voluntad, a cuyo través de las partes de un contrato pueden acordar la cesión del mismo. Se trata, por consiguiente, de un negocio jurídico atípico, excepto determinados supuestos regulados por las leyes que no son aquí de aplicación.

Efectivamente, la demandada ha aportado la escritura de 01/12/2011, por la que se elevó a público el documento privado de contrato de compraventa por el que la Caixabank SA adquirió activos y pasivos de Bankpyme SA. pactaron que Bankpime, SA y Caixabank, SA conjuntamente con los tres accionistas de referencia de Bankpime, SA que suscribieron en fecha 29/09/2011, un documento privado de contrato de compraventa de negocio bancario (el "Contrato de Compraventa") por el cual Bankpime SA se comprometió a vender y ceder, y Caixabank a comprar y asumir, los elementos patrimoniales que conforman dicho negocio bancario de Bankpime SA (el "Negocio Transmitido"), sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones suspensivas, extendido junto con sus Anexos que se han aportado por la parte demandada.

Se adjunta como Anexo 4 un balance pro-forma a 31/08/2011 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), máxime en relación por reclamaciones presentes o futuras derivadas de la actividad de Bankpyme, pasada o futura, y máxime cuando no consta la exclusión de tal concreto pasivo.

Asimismo, es menester señalar que del contenido de las cláusulas contractuales del referido contrato de compraventa, suscrito entre Bankpime y Caixabank, no se deriva que no se hubiesen adquirido los contratos consistentes en los activos y pasivos de los bonos objeto del presente procedimiento.

Así, en la cláusula 4 del contrato de 29/09/2011, se indica que "para evitar dudas" se



enumeran una serie de activos y pasivos, entre los que no figuran, expresamente, los bonos objeto del presente procedimiento. Y se hace necesario recalcar, que las partes previeron la cesión de contratos, en la cláusula 2.1 del contrato de "compraventa de negocio", y que ahora niegan, la cesión de posición contractual en la cláusula 2.2.1; se obligaban a notificar la cesión a clientes, la entidad demandada se subrogaba en la prestación de servicios de administración y gestión sobre los préstamos fuera de balance; pactaron la cesión de derechos de cobro de depósitos y otros instrumentos financieros (cláusula 2.1.2), de cesión del negocio y otras actividades (cláusula 2.1.3), la cesión de otros contratos (cláusula 2.1.4), la cesión de depósitos de clientes en la posición contractual (cláusula 2.2.1) y de otros pasivos financieros (cláusula 2.2.2), la subrogación de empleados (cláusula 2.3); y la demandada NO acompaña el balance que pudiese reflejar la exclusión del crédito de los actores (cláusula 4 y Anexo-4).

En el sentido expuesto, debe resaltarse que en el referido contrato de compraventa, en la cláusula 1 relativa al objeto se especifica que comprende "el pasivo de los clientes (depósitos), débitos representados por valores negociables y...", es decir que se incluyen las operaciones de pasivo, como es ahora la litigiosa. Además, en la cláusula 2.2.2 se especifica que el vendedor transferirá la titularidad de las obligaciones de pago al comprador respecto de los depósitos de entidades financieras, la cédula hipotecaria y "otras pasivos financieros"; lo que debe relacionarse con que, según ya se ha indicado, en la cláusula 4 relativa a los activos y pasivos no cedidos no se encuentran relacionados los que son ahora objeto de controversia.

Por otro lado, consta que Bankpime, SA y Caixabank, SA informaron a los clientes de la venta a través de un folleto (documento núm. 4 de los que se acompaña y fue un hecho notorio, conocido a través de los medios de comunicación de aquellas fechas) y de notas de prensa (documento núm. 5 de los que se acompañan con la demanda) que la primera entidad cedía su negocio bancario y de gestión de fondos a la prensa. Ello vino corroborado, ante terceros, por signos externos, como el cambio de rotulación en las oficinas y por la información que Caixabank, SA facilitó a los clientes, entre ellos a los bonistas de Fergo Aisa, custodiando los productos bancarios referidos y cobrando dicho servicio. Todo ello, razonablemente, hacía pensar que Caixabank SA sustituía a Bankpime SA en sus contratos, es decir, que existía una subrogación en la posición contractual, incluidas las obligaciones pendientes.

Y frente a los clientes (en principio, desconocedores de las supuestas exclusiones del contrato suscrito entre las dos entidades bancarias) no resulta ajustado a un comportamiento leal y conforme al artículo 7.1 del Código Civil estatal (según el cuál los derechos deberán ejercitarse conforme a la buena fe), aplicar el segundo párrafo de la cláusula 4 del contrato de compraventa, en el que se indicaba que de la transmisión se excluían los pasivos contingentes tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que pudiese derivarse de la actividad del vendedor; teniendo en cuenta que no se ha acreditado que la mencionada exclusión se pusiese en conocimiento de la cliente (madre del demandante ni de éste) ni de los



bonistas en general; ni se informase de la mencionada exclusión en los informes ni folletos en los que se comunicaba a terceros la mencionada compraventa del negocio bancario de Bankpime SA por parte de Caixabank, SA .

Efectivamente, por lo que respecta a la validez de la mencionada cláusula en la que se pacta la exclusión de la cesión de los pasivos contingentes tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes y futuras, dicho pacto podría ser de dudosa validez (por aplicación del artículo 1113 del Código Civil estatal), pero en todo caso, dicha cláusula es contradictoria con las demás cláusulas, no pudiendo resultar afectados los clientes de la entidad bancaria por los pactos y, cláusulas contradictorias, de un contrato en el que no han sido parte, máxime cuando el folleto e información dada a la prensa, no se señalaba dicha exclusión.

Así pues, de lo actuado y documentación acompañada por las partes, se deduce que tras la compra de activos y pasivos por parte de Caixabank SA a Bankpime SA, aquélla siguió dando asesoramiento al actor y, al que, como consumidor, debe evitársele cualquier tipo de peregrinaje derivado de la comercialización, administrativa y/o gestión de los productos adquiridos, de la declaración en quiebra de la entidad emisora, de la práctica desaparición de Bankpime SA que ejecutó las comercializaciones pretéritas, y la transformación de ésta en "Ipme, 2012, SA", declarada en estado legal de concurso.

Y en nuestro caso, consta que el demandante consintió la cesión contractual, porque continuó trabajando con Caixabank, S.A. sin protesta alguna, pero en modo alguno puede extenderse su consentimiento al desentendimiento por parte de la cessionaria de las reclamaciones que pudiera efectuar el cliente en virtud de la relación contractual mantenida con Bankpime, S.A., porque nunca tuvo noticia ni medio de conocer tal exclusión de la transmisión efectuada entre las entidades de las reclamaciones que por responsabilidad extracontractual o contractual pudieran hacérsele derivadas de la relación jurídica originaria celebrada con Bankpime, S.A.

En el sentido expuesto, resulta ilustrativo el contenido del oficio, en la fase de práctica de prueba, enviado a la sociedad Ipme 2012, SA (folio 304 de las presentes actuaciones) en el que dicha sociedad señala que:

"el negocio bancario de la entidad fue traspasado a Caixabank SA, dejando a todos los efectos esta sociedad de ser entidad financiera el día 15 de diciembre de 2011 y junto con dicha transmisión lo fueron todos los archivos relativos a dicho negocio, salvo los informáticos y societarios".

Y aunque esta cuestión ha generado dudas fácticas y de derecho (con sentencias de Audiencias Provinciales que aplican soluciones divergentes) concluyo que como consecuencia de la adquisición del negocio bancario de Bankpime, SA por parte de Caixabank, SA se produjo la cesión a ésta de los contratos a través de los que se desarrollaba aquél, con la consiguiente subrogación de ésta en la posición jurídica



ocupada por aquella en los mismos, asumiendo por tanto los derechos y obligaciones de ellos derivados con exclusión de la cedente sin perjuicio de su responsabilidad frente a la cesionaria conforme lo expresamente pactado al respecto y en las cuestiones atinentes a la existencia, validez y eficacia de las correspondientes relaciones negociables.

Dicha cesión particular de los diversos contratos, conectada lógicamente con el objeto de adquisición, su configuración como unidad económica autónoma, aparece aparece prevista en la cláusula 2.1 del contrato de compraventa aportado por la parte demandada, con contemplación expresa de los negocios de custodia, intermediación de valores y gestión discrecional de carteras, y guarda plena concordancia con la inscripción en Registro de Entidades del Banco de España, en que se registró la baja del Bankpime, SA "por cambio de objeto social con cesión del negocio bancario a Caixabank, SA", tal como consta en el documento núm. 2 de los que se acompañan con la demanda.

Así, Caixabank, SA se hizo cargo de los empleados y de las oficinas de Bankpime, SA quedando como depositaria de los fondos y anunciando, hecho notorio, que en la denominación de los fondos se cambiaba "Bankpyme" por "FonCaixa" y que el resto del nombre se mantenía y se les dijo que podían seguir operando como hasta hora, sin que la operativa diaria cambiase.

Los clientes de BANKPIME, SA titulares de BONOS AISA-FERGO pasaron a ser clientes de CAIXABANK, SA traspasándose las cuentas corrientes y las cuentas de depósitos de valores a la nomenclatura de CAIXABANK, SA que desde la transmisión ha sido depositaria de los depósitos, cuentas corrientes y valores y sucesora, por tanto, de las responsabilidades bancarias que había adquirido BANKPIME, SA con sus clientes. Y resulta que ante los clientes, Caixabank, SA garantizaba los servicios y las condiciones de los productos que ya tenían contratados en Bankpime, SA.

En consecuencia, al dilucidarse en este pleito una responsabilidad surgida en el ámbito de una intermediación de valores, complementaria a un negocio de depósito o custodia y administración de los mismos, la subrogación inherente a la cesión permite residenciar las obligaciones derivadas del mismo en la parte demandada, al ocupar la posición originaria de Bankpime, SA a todos los efectos.

Por otro lado, ninguna relevancia tiene que siguiiese operando la entidad cedente en el tráfico jurídico, aun con otra denominación y distinto objeto social, porque ello no resta un ápice de legitimación 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 competir a Caixabank, S.A. frente a su cedente y con base en los pactos contractuales celebrados entre ellas.





Así, la demandada (Caixabank SA) goza de legitimación pasiva, que se sustenta en que considero que en la transmisión efectuada por Bankpime SA a Caixabank, SA, se ha producido una auténtica cesión de contratos; en que la entidad adquiriente ocupa la posición contractual de la transmitente a todos los efectos respecto de los clientes de ésta última.

Y esa cesión no sólo comprende derechos y obligaciones, sino también otros efectos jurídicos, como son las acciones de nulidad, rescisión y anulabilidad, así como las facultades de modificación o extinción contractual, es decir, los denominados derechos potestativos. En realidad, la demandada asumió la posición contractual de Bankpime SA en relación con el negocio bancario de la cedente y ello comportaba la transmisión íntegra de las relaciones contractuales en que dicho negocio consistía, así como de tal posición subjetiva negocial que protagonizaba la mencionada cedente, 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.

Por todo ello, entiendo que no procede estimar la excepción de falta legitimación pasiva de la entidad financiera, que ha adquirido de otra entidad bancaria el negocio bancario de esta última, conformado por los activos y parte de los pasivos, y no deben quedar fuera de dicha transmisión y en virtud del mismo contrato, las reclamaciones presentes o futuras que los clientes de la entidad transmisora puedan realizar, porque nos encontramos ante una cesión de contratos en la que la entidad adquirente ocupa de hecho la posición contractual de la transmitente a todos los efectos respecto a los clientes de esta última, sin perjuicio de las acciones de repetición que quiepa ejercitar por la entidad adquirente frente a la mercantil vendedora.

Así pues, se desestima la excepción de falta de legitimación pasiva, invocada por la entidad "Caixabank SA".

En el sentido expuesto, se han pronunciado, entre otras: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5^a), Sentencia núm. 66/2016 de 8 marzo, la Sentencia de 28 de diciembre de 2015 de la misma Sección; Sentencia de 6 de noviembre de 2014 de la Audiencia Provincial, Palma de Mallorca (Sección 3^a); Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6^a) núm. 280/2015 de 6 octubre y Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3^a) de 10 de abril de 2014. No obstante, no desconoce este Juzgador, la existencia de otras sentencias que se pronuncian en sentido opuesto, acogiendo la postura de Caixabank, S.A.; se trata, entre otras: de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección Primera), de 27 de mayo de 2014, de Valencia (Sección 9^a), de 12 de marzo de 2.014; que fijan su atención en el hecho de que la trasmisión del negocio bancario entre Bankpime, S.A, y Caixabank, S.A, no implica que se hubiese llevado a cabo una sucesión universal ni una operación de fusión por absorción, que determina que Caixabank, S.A. es la sucesora de aquella sociedad, que conserva su propia personalidad jurídica, sino que se trata de una mera cesión negocial y patrimonial.



TERCERO.- Respecto a la alegación de caducidad de la acción, que se refiere únicamente, a la petición subsidiaria de anulabilidad pro vicio del consentimiento, es procedente hacer mención a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 en la que se resuelve la cuestión al interpretar el artículo 1301 del Código Civil estatal; 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 aquélla", tal como establece el artículo 3 del Código Civil estatal.

Y en los casos de contratos bancarios, financieros o de inversión, como el del presente procedimiento, no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple de trato único se tratase. En la fecha en que el artículo 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del 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 ha recogido en los principios de Derecho europeo de los contratos (véase el artículo 4:113).

En base lo anterior, en relaciones contractuales complejas (tal como se expone en el fundamento siguiente) como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión que implican negocios de trato sucesivo, 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.

Es menester recordar que no puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil estatal, con la perfección del mismo. Así, se mantiene por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, conforme a la que la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce "la realización de todas las obligaciones" (según se indicó en las sentencias, ya clásicas, de la Sala 1^a del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), "cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes" (sentencia de la Sala 1^a del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando "se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó" (sentencia de la Sala 1^a del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983).



Y la doctrina debe aplicarse al presente supuesto, ya que la prestación de servicios de Bankpyme SA respecto a la madre del actor (que ha sucedido a aquélla en la posición contractual), que fue la que contrató el 21/07/2006 no era de simple mandato como pretende la demandada y el contrato no se consumaba con la mera adquisición de los bonos, al contrario, existía un trato sucesivo de deber de custodia, asesoramiento e información.

En el sentido expuesto, resulta que, en este caso, la entidad emisora de los bonos indicaba la amortización, con devolución del principal invertido, a los 5 años, que finalizaba en el mes de agosto de 2011, tal como se publicó en la nota de valores de la CNMV, y como consta en el documento núm. 14 que se acompañan con la demanda. Por tanto, hasta dicha fecha (momento en que la bonista debía recuperar su inversión) no podía iniciarse el cómputo del plazo para interponer la acción por vicio del consentimiento.

Por otro lado, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitirla por causa que no le es imputable, como podría ser el desconocimiento de los datos fácticos determinantes de la existencia del error en el consentimiento o del incumplimiento grave en cuanto a la información suministrada por la entidad bancaria. En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitirla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

En consecuencia, en el caso del presente procedimiento, la demanda en la que se ejercita la acción de nulidad, se presentó antes de que transcurriera el plazo de caducidad del artículo 1301 del Código Civil estatal. Por ello, debo desestimar la excepción de caducidad alegada por la parte demandada.

CUARTO.- En cuanto a la acción de resolución contractual de la compraventa objeto de este procedimiento e indemnización de daños y perjuicios, se basa en el incumplimiento de la obligación de recompra de los bonos, así como en el incumplimiento grave de las obligaciones de información por parte de la entidad bancaria.

Al efecto de resolver las pretensiones de las partes respecto al fondo de las cuestiones planteadas, con carácter preliminar es imprescindible caracterizar esos productos, a modo de premisa para fijar cuál sea la concreta normativa sectorial aplicable a la contratación litigiosa, presupuesto a su vez de la evaluación de la conducta de la entidad oferente en la fase previa a la firma del contrato.

El bono de Aisa SA constituía un título de deuda, de mil euros de valor nominal, con un rendimiento del 5% pagadero cada día 14 de agosto, con vencimiento el 14 de agosto de 2011, no amortizable anticipadamente por el emisor ni por el inversor, cotizable en el mercado secundario de renta fija y amortizable al 100% de su valor nominal a su





vencimiento.

Así, en agosto de 2006, la Sociedad Agrupació Activitats i Inversions Immobiliàries SA (conocida por Aisa SA), pertenecía al mismo grupo empresarial del de Banco de la Pequeña y Mediana Empresa SA (desde ahora Bankpime, SA). La entidad Aisa era una filial participada del Grup Agrupació Mútua al igual que Bankpime, SA, tal como se deduce del documento núm. 9 de los que se adjuntan con la demanda; y que era un hecho notorio publicado en los medios informativos, cuando se inició la crisis económica.

Y no cabe duda de que la Bankpime, SA, en el momento (año 2006) de la adquisición de los bonos objeto del presente procedimiento; no fue mera intermediaria en las operaciones de suscripción de los bonos de Aisa SA, lo que se refuerza además, por el hecho que Aisa SA y Bankpime SA pertenecían al mismo grupo empresarial. Así, por ejemplo, se ha constatado que el Sr. , tenía cargos de consejero delegado de Agrupación Mutua, de representación en Aisa SA y era presidente de Bankpime, SA. Y se deriva una evidente confluencia de intereses económicos entre Aisa SA y Bankpime, SA que estaban participadas por Agrupación Mutua. Dicha confluencia de intereses, ha sido un hecho notorio y que se constata, también, en la información telemática aportada como documento núm. 10 con la demanda.

Resulta significativa de la confluencia de intereses entre Aisa SA y Bankpime, SA, el hecho relevante núm. 73229 publicado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (desde ahora se dirá: CNMV); donde consta que la Sociedad AISA SA, a finales del año 2006, comunicaba que el Consejo de Administración acordaba convocar a los Sres. Accionistas a la Junta General Extraordinaria, y que se celebró en la Sala de Actos del Bankpime, SA., que se encontraba en de Barcelona, sede de Bankpime, SA.

La Sra. , madre del actor, suscribió, a través de su hijo que se encontraba autorizado, la orden de compra de 50 bonos por 50.000 euros en la fecha de 21/07/2006, de la entidad Aisa, SA, a través de la entidad Bankpime, SA. (que se conocían como bonos "Aisa 5% 8/11 Bo") con fecha de cumplimiento de la orden de 14/08/2006, siendo la fecha de vencimiento de amortización o vencimiento el mes de agosto de 2001, al cabo de 5 años.

Aisa, SA actuaba en el ámbito del mercado inmobiliario y su resultado económico dependía del mismo. Aisa SA hizo una segunda emisión de bonos con vencimiento agosto de 2011 (la duración según su folleto informativo era de 5 años), que se denominó de renta fija y cuyo folleto fue inscrito en la CNMV. Desde el momento de su emisión Bankpime, SA, sacó a la venta bonos de la empresa Aisa que fueron vendidos entre sus clientes. Se trataba de poder refinanciar la devolución de la inversión efectuada por los clientes del Bankpime, SA respecto a la primera emisión de bonos de Aisa, SA en el año 2001.





En la fecha del 13/08/2001, la Sra., tras ofrecimiento de Bankpime, SA, había adquirido unos bonos de Aisa que cuya amortización o vencimiento era la fecha del día anterior a la de los efectos de la fecha de adquisición objeto de este litigio; es decir, 13/08/2006.

Los anteriores datos fácticos, se acreditan por el contenido del documento núm. 6 de los que se acompañan con la demanda y del oficio cumplimentado por la sociedad Ipme 2012, SA (folios 304 y 305 de las actuaciones). Desde el año 2012, Bankpime, SA pasó a denominarse Ipme, 2012, SA.

La madre del actor, la Sra., recibió en el año 2001, una carta de Bankpime, SA (documento núm. 6 de los de la demanda), que le informaba de la existencia de un producto bancario "que era muy interesante para el perfil conservador " que tenía la Sra. La Sra. tenía, con anterioridad, una cuenta en depósito en la referida entidad bancaria.

Así, Aisa, SA había realizado las dos emisiones de bonos señaladas: la del año 2001 y la segunda del años 2006; deduciéndose que la finalidad, principal, de la segunda emisión era refinanciar parte de los vencimientos de los bonos anteriores.

De este modo, la fecha de efectos de la adquisición, por parte de la Sra., de los bonos de la segunda emisión del año 2006 (a la que se refiere el presente procedimiento) son al día siguiente del vencimiento de los anteriores bonos; es decir el 14/08/2006. Todo ello, consta en los folios 304 y 305 mencionados.

Como rendimiento de la adquisición de los bonos de la primera emisión, la Sra. fue percibiendo intereses por la adquisición de los bonos de la primera emisión (del año 2001), así el rendimiento de los referidos valores durante el año 2004 fue de 3.162,50 euros (folio 304 de las actuaciones), la misma cantidad en 2005 (folio 310). De otra parte, en concepto de administración y custodia de documentos, Bankpime SA, percibía una retribución, de 319 euros anuales.

Según la contestación del oficio remitido a la sociedad Ipme 2012, SA, la Sra. percibió como rendimiento de los valores objeto del presente procedimiento (bonos de emisión en el año 2006), durante el año 2007, la cantidad de 2.500 euros. Y Bankpime SA, recibió de su cliente 290 euros, en concepto de administración y custodia (folio 315).

Durante el año 2008, la Sra. no recibió intereses, pero abonó a Bankpime, SA la cantidad de 290 euros en concepto de administración y custodia (folio 319). En el ejercicio del año 2009, la Sra. percibió 500 euros, en concepto de administración y custodia, abonó 290 euros.





En el ejercicio del año 2010, la Sra. percibió 2.298,22 euros y en concepto de administración y custodia abonó 292,50 euros (folio 329) de las actuaciones. Y correspondientes al periodo del ejercicio del año 2011, percibió otros 175 euros, según se señala en el hecho quinto de la demanda. En total 5.473,22 euros hasta la transmisión del negocio bancario de Bankpime, SA a Caixabank, SA.

Así pues, la orden de compra, cuya resolución y nulidad pretende la parte actora, se realizó en un servicio de inversión prestado en el ámbito prestado en el ámbito de una administración de valores; cuyos efectos se siguen prolongando en el tiempo dado los deberes de información, gestión y custodia que surgen fruto de su operatividad.

De la documentación acompañada y la alegaciones efectuadas por las partes se deduce que Bankpime, SA prestaba un servicio que la jurisprudencia denomina "gestión asesorada". Se trata de una venta asesorada, de un servicio que mezcla diversos negocios jurídicos, pues comprende el asesoramiento personalizado a los clientes sobre sus decisiones de inversión, vinculado a la ejecución de las órdenes recibidas de los clientes atendiendo a la recomendación ofrecida.

Y antes de la entrada en vigor de la reforma de la MiFID, el asesoramiento de inversiones ya estaba identificado en la Ley de Mercados de Valores (desde ahora, LMV) y sometido a las normas de conducta de su título VII (artículo 63.2.c) y 78 y siguientes de la LMV pre-MiFID. Lo que añade la reforma de la MiFID es una definición legal de asesoramiento de inversiones y su consideración como un servicio de inversión autónomo.

En resumen, Bankpime, SA ofreció a la Sra. la compra de las emisiones de bonos Aisa SA. En cuanto al perfil de la Sra. (que tenía más de 80 años en el momento de la adquisición de la segunda emisión) y de su hijo, Sr. , es de pequeños inversores, que podría ser calificados de perfil conservador, tal como reconocía la propia entidad Bankpime, SA, cuando envió su carta de oferta de un nuevo producto bancario en el año 2001. El Sr. es comercial de una sociedad de material eléctrico, con conocimientos secundarios. En este sentido, en los informes remitidos por la Agencia Tributaria (que obran en las presentes actuaciones) no consta que el actor fuese titular productos de inversión o de riesgo, aparte del que es objeto del presente procedimiento.

El 23/07/2008, el Juzgado Mercantil núm. 5 de los de Barcelona, admitió a trámite el concurso necesario de acreedores de la entidad Aisa, SA, según se publicó como hecho relevante por la CNMV. Y la CNMV publicó el hecho relevante de fecha de 25/05/2009 consistente en la integración de todos los negocios del Grupo Fergo SA en Aisa SA, dicha sociedad pasó a denominarse Fergo-Aisa, SA. El Grupo Fergo SA se dedicaba a la construcción de obra pública y privada, según consta en el hecho relevante de la CNMV núm. 109031.





Con posterioridad, el Juzgado mercantil núm. 5 de los de Barcelona declaró a Fergo Aisa SA en concurso de acreedores, por el Auto de 09/07/2013, Fergo Aisa SA se encuentra en fase de liquidación.

Y en el artículo 79 LMV, de aplicación al presente supuesto, se establece como una de las obligaciones de 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, la de asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

Dicha previsión normativa desarrolla la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha directiva. Los artículos 10 a 12, de la directiva mencionada, fijan un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Tras prever en su art. 11 que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a "informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados; a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes", establece en su art. 12: "La empresa deberá indicar a los inversores, antes de establecer con ellos relaciones de negocios, qué fondo de garantía o qué protección equivalente será aplicable, en lo que se refiere a la operación o las operaciones que se contemplen, la cobertura garantizada por uno u otro sistema, o bien que no existe fondo ni indemnización de ningún tipo.".

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la LMV. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por razones temporales, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, 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, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes (artículo 5 del anexo), en base al cuál; las entidades debían ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberían dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Y, según dicha norma, la información a la clientela debía 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.

Y, en el mismo sentido, la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, que desarrollaba parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993, establecía en su artículo 9 que las entidades debían informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones; dicha información debía ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos.

Desde luego, la relación entre Bankpime, y luego Caixabank, con esos clientes no fue de mera intermediación en la compra de productos financieros, sino que prestaban un verdadero servicio de asesoramiento en materia de inversión, como se deriva del hecho de que le ofreciera una gestión personalizada, cumpliendo así los parámetros que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 30 de mayo de 2013 , asunto C-604/11 , señala al declarar que el asesoramiento en materia de inversión consiste en 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 (art. 4.1.4 Directiva 2004/39), fijando el artículo 52 de esta norma el concepto de recomendación personalizada como aquella que se dirige a una persona en su calidad de inversor o posible inversor y se presenta como conveniente para esa persona o se basa en una consideración de las circunstancias personales, no formando parte de este concepto las recomendaciones divulgadas exclusivamente a través de canales de distribución o destinadas al público.

QUINTO.- En base a los hechos y razonamientos expuestos, se debe realizar un pronunciamiento sobre la pretensión contenida en la demanda, de resolución del contrato, por el incumplimiento de las obligaciones contractuales indicadas.

Y a tal efecto, no se ha acreditado que Bankpime, SA se obligase a la recompra de los bonos adquiridos por la parte actora. Si que es cierto que la entidad bancaria ofertó, asesoró y gestionó el depósito de los bonos Aisa SA (después denominados de Fergo Aisa SA) pero no se deduce de la documentación acompañada ni de los hechos relevantes publicados por la CNMV que Bankpime, SA tuviese la obligación de, llegado el vencimiento (por el transcurso de 5 años), recomprar los bonos mencionados, tampoco se acredita cuál sería el precio efectivo de recompra. Recayendo la carga de la prueba en la parte actora, ya que ésta ha alegado el hecho del que deriva su pretensión, en base al artículo 217 de la ley adjetiva civil.

Y el hecho de la pertenencia a un mismo grupo empresarial, no obsta a que cada sociedad del grupo mantuviese su propia personalidad jurídica y que la responsabilidad de la entidad emisora no se deba confundir con la de la entidad bancaria que comercializó y asesoró a la parte actora, sin obligarse a la recompra de los valores adquiridos.





SEXTO.- En cuanto a la falta grave de información de la entidad bancaria como causa de resolución, debe tenerse en cuenta que el artículo 1124 del Código Civil estatal indica que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso que uno de los obligados no cumpliese lo que le incumbe y la parte perjudicada podrá escoger la resolución contractual, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos.

En su interpretación de esta facultad, la Sala Civil del Tribunal Supremo ha venido exigiendo la concurrencia de una serie de presupuestos de aplicación del citado precepto. Así: 1º, la necesidad de que exista evidente reciprocidad de las obligaciones en presencia y, por lo tanto, plena bilateralidad, como ocurre en el contrato de autos de depósito y administración de valores (prestación de un servicio a cambio de un precio en forma de comisión) que es el que liga a ambas partes. 2º, ha de tratarse de un verdadero y propio incumplimiento; la Jurisprudencia tiene señalado que el incumplimiento de una parte, para motivar el efecto de la resolución contractual, ha de ser serio y grave, y ha de recaer sobre los elementos esenciales de la obligación y no sobre prestaciones o cuestiones accesorias que no basten por su escasa entidad para impedir que pueda ser obtenido el fin del contrato por la parte contraria. No basta, pues, un cumplimiento defectuoso o incumplimiento parcial sino que ha de ser esencial de modo que se frustre el fin económico quedando eliminadas las legítimas expectativas de la parte perjudicada y, por tanto, su interés en el negocio.

Por otra parte, en base al artículo 1101 del Código Civil estatal, la parte de un contrato que, en el desarrollo o ejecución contractual, incurrieren en dolo, negligencia o morosidad y los que, de cualquier modo contraviniere las obligaciones contenidas en el contrato; deberán indemnizar de los daños y perjuicios causados a la contraparte.

Pues bien, el artículo 1124 del Código Civil estatal, aunque no lo disponga expresamente, se debe interpretar en el sentido de que no basta cualquier incumplimiento para provocar la resolución de la relación contractual, véanse las clásicas sentencias de 16 de enero de 1975 , 25 de febrero de 1978 , 7 de marzo de 1983 , 22 de marzo de 1985 del Tribunal Supremo y las sentencias 366/2008, de 19 de mayo, 35/2012, de 14 de febrero, 162/2012, de 29 de marzo de nuestro más alto órgano jurisdiccional y la más reciente de la (Sala de lo Civil, Sección 1^a) Sentencia núm. 447/2014 de 4 septiembre; entre otras muchas .

En base a la anterior la doctrina jurisprudencial señalada, ha precisado que, para reconocerle fuerza resolutoria, el incumplimiento, además de no excusable, ha de ser esencial, ya porque la estricta observancia de la obligación forme parte de lo pactado en el contrato; ya porque prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con él, a menos que la otra no haya previsto ni podido prever razonablemente tal resultado; ya porque, siendo intencional el comportamiento





del deudor, la parte perjudicada crea razonablemente que no puede confiar en un cumplimiento futuro.

Y al efecto de la aplicación de las normas sustantivas señaladas, resulta que de la prueba practicada, en particular de la documentación acompañada y de parca declaración del testigo que ha depuesto en este acto, Sr. [REDACTED]; no se deduce que se formalizase un contrato escrito para articular la relación contractual entre la parte actora y la entidad bancaria, ni consta que se entregase a la parte actora un folleto o una copia de la denominada "nota de valores" de la CNMV, donde se describían las características y riesgos de los bonos adquiridos. Y resulta significativo que la parte demandada no ha interesado el interrogatorio del actor, autorizado por la Sra. [REDACTED] para adquirir los bonos objeto de este procedimiento; cuya declaración hubiese podido acreditar las condiciones contractuales y el concreto perfil inversor de la parte actora.

Si se analiza la información que ofrece la orden de compra resulta insuficiente para poder conocer lo que en realidad se estaba ordenando contratar, ya que sólo se refiere a "AISA 08/11 5% BO"; sin más descripciones del mismo. La orden de compra aportada al presente litigio, constituye únicamente un pre-contrato o mandato, y no se adjunta el contrato que contenga las obligaciones recíprocas de las partes, las características técnicas del producto y las consecuencias jurídicas de los bonos adquiridos.

La ausencia de la formalización de las condiciones contractuales y de la falta de aportación de la pertinente documentación a las presentes actuaciones permite, desde el punto de vista del sentido común, deducir que la entidad financiera no informó a la parte actora sobre las concretas características y riesgos de lo realmente adquirido. Y la entidad Caixabank SA no debe escudarse en que no posee los documentos acreditativos, no disponiendo de facilidad probatoria.

Efectivamente, en el cumplimiento del oficio señalado (folio 304 de las actuaciones) por parte de la entidad Ipme 2012, SA (denominación posterior de Bankpime, SA) se indica que el negocio bancario de la entidad fue traspasado a la entidad Caixabank, SA y “junto con dicha transmisión lo fueron los archivos relativos a dicho negocio”; por lo que, se colige que Caixabank, SA debía disponer del contrato correspondiente y de los documentos correspondientes, en el caso que hubiesen existido; recayendo la carga de la prueba sobre la demandada, dado que ostentaba la disponibilidad y facilidad probatoria, en aplicación del apartado núm. 7 del referido artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por otro lado, resulta, en base a los datos fácticos y razonamientos expuestos; que el producto que adquirió la parte actora era un producto de cierto riesgo (no era un producto seguro ni garantizado y dependía del mercado inmobiliario), y se trataba de unos valores que cotizan en un mercado organizado de renta fija en el que estos títulos ya han perdido, de hecho, todo su valor económico. Además, dada la situación de práctica insolvencia en la que se encuentra actualmente la entidad Fergo Aisa SA (en





liquidación), no sólo se ha perdido el capital invertido, sino que también se dejó de abonar la remuneración pactada.

En este mismo sentido, cabe recalcar la mala fe contractual de la entidad bancaria. Nos referimos a la falta de idoneidad del producto al perfil del cliente y a un posible conflicto de intereses. Resulta que la entidad Bankpime, SA nació en el seno de Agrupación Mútua, y de hecho, su primera sucursal se hallaba en las mismas dependencias que las de ésta última, hecho notorio. Así mismo, Fergo Aisa, SA, era una empresa filial de la mencionada Agrupación Mútua, con lo que los intereses de la emisora y la comercializadora, en este caso, estaban plenamente vinculados, con lo que se deduce la existencia de un conflicto de interés. Todo ello, se ha expuesto en el fundamento de derecho cuarto.

Y por lo anterior, resulta razonable deducir, que Bankpime, SA no previno a la parte actora de lo que estaba ocurriendo con el emisor de estas obligaciones en los que estaban colocados sus inversiones. A partir del año 2007, el deterioro de la entidad emisora se hizo evidente y la diligencia debida exigía a Bankpime, SA haber avisado a la parte actora acerca de la conveniencia de deshacer posiciones en los valores Fergo Aisa, SA. Resulta evidente que había suficientes indicios, en base a los hechos relevantes publicados en la CNMV, del deterioro severo de la solvencia de la sociedad emisora de los bonos; que Bankpime, SA debía conocer, y debían haber sido alertados los inversores afectados. Sin embargo, no consta que la entidad bancaria, hiciese ninguna advertencia.

Resulta que la finalidad de la emisión de los bonos objeto de este procedimiento, tal como se ha expuesto en el fundamento de derecho cuarto; fue la de poder refinanciar la devolución de la inversión efectuada por los suscriptores de la primera emisión de Bonos llevada a cabo por esta empresa en agosto del 2001.

Con dicha información, la parte actora habría tenido conocimiento de : 1º, que la situación financiera de la entidad emisora Aisa , SA, no era satisfactoria, en cuanto a su liquidez, al tener que recurrir a financiación para devolver el capital invertido el año 2001; 2º, la parte actora habría conocido que el producto en si no ofrecía seguridad alguna, pues el capital podía llegar a no ser devuelto; debido a que el rendimiento de la inversión dependía del volátil mercado inmobiliario y de la construcción.

Como consecuencia de los anteriores razonamientos, emerge la mala fe contractual por parte de Bankpime, SA, infringiéndose el principio general del derecho fijado en el artículo 111-7 del Código Civil de Catalunya; que exige que en las relaciones jurídicas privadas, se han de observar siempre las exigencias de la buena fe y la honradez en los tratos entre los contratantes; entendiéndose en sentido objetivo, como obligación orientada a dar efectividad al contrato de conformidad con la finalidad pretendida por los contratantes.





Codi Segur de Verificació: NW4HTH5GFCCA6N48J736BW1FPRQ6N81

Signat per Granero Peraltver, Joan:

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IAPI/consultarCSV.html>

Data i hora 03/10/2016 09:47

Efectivamente, Bankpime, SA era conocedora de los riesgos ínsitos de la inversión realizada por la Sra. el año 2006, cliente que tenía un perfil conservador y ahorrador, al igual que su hijo, el demandante. Y a pesar de ello, no consta que se facilitase la información señalada.

Se debe insistir, en este punto, que la entidad emisora de los bonos pertenecía a su mismo grupo empresarial que la entidad bancaria y, por tanto, resulta razonable deducir, que disponía de la suficiente información y elementos para conocer la deficiente situación financiera de la misma, su previsible evolución y, en consecuencia, la existencia de un riesgo de impago de las rentabilidades anunciadas del 5 % (al depender del mercado inmobiliario y de la construcción) y el no retorno del capital a los adquirentes de los bonos. Al mismo tiempo, lo anterior supone que existía un real conflicto de intereses ya que la colocación de los bonos de la entidad emisora, favorecía al mismo grupo empresarial.

El ya mencionado artículo 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 artículo 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. Y carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público, que no es el presente supuesto.

Y en este caso, de la prueba practicada (documental acompañada por la parte actora, en particular el documento núm. 6, la carta enviada por Bankpyme, SA a la madre del actor ofreciéndole el producto, señalando la entidad bancaria a su cliente: "por el perfil conservador que tiene usted") y de los supuestos conocidos en diversas sentencias referidas a supuestos de compra de bonos de Aisa SA como el presente; deduzco que la actuación de la entidad financiera no fue una mera intermediación, sino un asesoramiento financiero directo, individualizado y encaminado hacia un producto en concreto, orientando al demandante a la adquisición de los bonos Aisa, SA que era una empresa del mismo grupo empresarial, existiendo un claro conflicto de intereses, tal como se ha razonado.

De la documentación ya expuesta, se deduce que existió recomendación personalizada, directa, específica y efectiva hacia el producto contratado, del que con absoluta seguridad el cliente desconocía los riesgos asumidos. Y ello encaja en el supuesto del artículo 63 de la LMV (que entre las actividades complementarias de los servicios de inversión incluye el asesoramiento sobre inversión), y ello con independencia de que no existiera contrato por escrito o de que no se cobraran honorarios derivados del asesoramiento en sí y aunque solo conste una orden de compra. Y el servicio de





asesoramiento debe prestarse con especial esmero cuando se trata de un cliente de las características de la madre del actor que tenía 80 años de edad en el momento de la contratación y no había realizado estudios y no se ha acreditado que tuviese experiencia inversora.

Como se ha expuesto, en la fecha en la que tuvo lugar la contratación de los bonos Aisa SA objeto de controversia, se encontraba vigente el RD 629/1.993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros obligatorios cuyo objeto era la concreción de los deberes de diligencia y de información transparente dada a la clientela por aquellas personas o entidades, públicas o privadas, que realicen cualesquier actividades relacionadas con los Mercados de Valores, así como de las Sociedades y Agencias de valores. En el anexo de este real Decreto se contenía un código general de conducta de obligado cumplimiento cuya finalidad era atender en todo caso al interés de los inversores y al buen funcionamiento y transparencia de los mercados. Este código se configuró sobre los principios de imparcialidad y buena fe, cuidado, diligencia y deber de dar a la clientela la información clara, correcta, precisa, suficiente, basada en criterios objetivos adecuada a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión, pero también a fin de que la clientela pudiera conformar plenamente su voluntad contractual, así como adoptar, con pleno conocimiento, la decisión de inversión, por lo que debía facilitar toda la información relevante (artículo 5) el mismo precepto en su apartado tercero que los sujetos obligados deberían hacer hincapié en los riesgos que toda operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo.

Al efecto de la normas señaladas, el actor (hijo de la Sra. , que suscribió, como persona autorizada, la orden de compra y heredero de la contratante) no tenía el perfil inversor que requería la contratación del producto bancario; se trata de una persona que trabaja como comercial de una empresa de material eléctrico y no se ha acreditado que tuviese un perfil inversor, que le hiciese conocer las características del producto que contrataba y el alcance del mismo. A tal efecto, resulta que la parte demandada, que podía haber propuesto la prueba del interrogatorio del actor; no ha solicitado tal medio de prueba, deduciéndose que no le interesaba lo que pudiese declarar el actor y privando al Juzgador de la oportunidad de conocer el perfil concreto del actor a través de sus manifestaciones.

Y, en todo caso, en el supuesto que se entendiese que la operación que realizó la madre del demandante no hubiese supuesto una obligación de asesoramiento por parte de la entidad bancaria, sí implicaba "el deber de información"; que emerge como esencial para construir el consentimiento en la adquirente del producto; dado el perfil no inversor, moderado y ahorrador (he deducido, de la documentación aportada, la falta de experiencia de la parte actora unido al hecho de la falta de interés de la demandada de practicar el interrogatorio del demandante), perfil ahorrador que la propia entidad





bancaria había reconocido (documento núm. 6 de los que se adjuntan con la demanda), máxime que se trataba de un producto financiero con un claro riesgo de pérdida del capital invertido.

En consecuencia, la entidad bancaria no solo incumplió su obligación de facilitar la información pre-contratual que facilitase a la parte actora el conocimiento de la naturaleza y riesgo de los valores que adquiría; sino que la entidad bancaria, también, omitió la obligación contractual de advertir la situación financiera rayana a la insolvencia a partir de mediados del año 2007; en definitiva, la entidad bancaria no informó del progresivo deterioro del riesgo de insolvencia de la entidad emisora Aisa SA.

Por ello, se debe calificar la conducta de la entidad bancaria, incluso, como dolosa civilmente, pues la omisión de dicha información condujo inevitablemente a la parte actora una falsa concepción del producto, y resulta razonable deducir que la parte actora creyese que no existía riesgo en la contratación del mismo.

Además, se debe tener en cuenta que:

1º, no parece de sentido común, deducir que la compra de los bonos de autos fuera decidida por la actora en su propio interés como inversora, dada la falta de conocimientos y de formación en materia financiera (así se alega en la demanda, no se niega rotundamente en la contestación y nada se prueba en contra por la demandada). Sin embargo, si resulta de sentido común que estamos pues ante una cliente normal de una entidad bancaria que suele destinar sus ahorros a operaciones seguras (sin riesgo de pérdida del capital) que puedan producirle cierta rentabilidad, que confía en la entidad y se deja asesorar por los profesionales de la misma. Todo apunta a que la Sra.

y el actor, eran una personas con escasos conocimientos, formación y experiencia en materia de productos financieros bancarios. Es más, hablamos de personas que por su edad y profesión no podían tener conocimientos en materia de productos de inversión. Tampoco consta un nivel de estudios elevado y no consta que hayan trabajado en el sector financiero.

2º, el perfil de la parte actora es conservador y consumidor porque cumple los requisitos del Real Decreto Legislativo núm. 1/2007 (y de la Ley 16/84 de defensa del consumidor y usuario de 19/7/1964 que es la que estaba vigente en el año 2006). En efecto, de acuerdo con los artículos 3 y 4 R.D. Leg. 1/2007 de 16/11/2007, es un empresario y no un consumidor el que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, no siendo éste el caso de la parte actora. En igual sentido se pronuncian los artículos 1.2 y.3 de la Ley 16/84, ya que esta norma considera consumidores a los destinatarios finales del producto que adquieren ya que no lo integran en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. Este es el caso, se deduce de lo actuado, que la parte actora actúa con fines privados buscando un rendimiento para sus ahorros. Así, se observa que estamos ante una persona que busca rentabilidad, seguridad y disponibilidad para sus inversiones.





3º, en lo que hace referencia a la información sobre el producto, recibida por la actora, debe destacarse que la parte demandada no ha realizado un gran esfuerzo probatorio en orden a acreditar que prestase a la parte actora una información clara, comprensible y completa sobre las características y los riesgos del producto que suscribía, ni tampoco se ha demostrado que se explicase al cliente lo que la adquisición comportaba.

4º, existía riesgo en la adquisición de los valores referenciados porque, de un lado, no ofrecían derechos de preferencia crediticia en caso de situación concursal del emisor (el suscriptor sería un acreedor común más y, del otro, podía haber, fluctuaciones de tipos de interés en el mercado. Y también habla riesgos de crédito en los valores y riesgo del emisor porque ni el producto ni Aisa SA tenían asignada ninguna calificación (rating) por las agencias de calificación de riesgo crediticio. Tampoco se informó que los valores cotizaban en el mercado secundario de renta fija AIAF y los riesgos que eso podía suponer. Ni cómo funciona este mercado secundario en el que se negocian este tipo de productos y tampoco cómo es la disponibilidad

A todo lo anterior hay que añadir que tampoco consta que se informara a la parte actora, como ya se ha dicho, la situación económica de falta, concretada en la falta de fondos para hacer frente a las deudas, de la entidad emisora; dato fáctico que la entidad bancaria tenía que conocer perfectamente, como ya se ha expuesto. Así, si la primera emisión de bonos ha precisado de una segunda para refinanciarse, es obvio que este dato (que no se indicó a la inversora) ya hace pensar en ciertas dificultades económicas o de liquidez en la empresa.

Asimismo, resulta notorio y se ha expuesto en otras resoluciones judiciales que han conocido de la compra de bonos Fergo Aisa SA y deriva de los hechos relevantes inscritos en la CNMV; que unos meses después del contrato (a mediados del 2007) las acciones en bolsa de Aisa SA se desplomaron en su cotización. Además, la demandada tampoco avisó a la actora en los años 2007 y 2008 a la vista de la situación de Aisa SA, como deberla haber hecho en cumplimiento de su deber de asesoramiento, tal como ya se ha expuesto.

5º, los bonos de Aisa SA deben ser considerados como un producto complejo, así se deriva del actual artículo 79 bis 8.a) Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que considera valores no complejos a dos categorías de valores. En primer lugar, a los valores típicamente desprovistos de riesgo y a las acciones cotizadas como valores ordinarios éstas cuyo riesgo es de "general conocimiento". Así, la norma considera no complejos de forma explícita a las acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; a los instrumentos del mercado monetario; a las obligaciones u otras formas de deuda titulizada, salvo que incorporen un derivado implícito; y a las participaciones en instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo.





En segundo lugar, como categoría genérica, el referido precepto considera valores no complejos a aquellos en los que concurren las siguientes tres condiciones:

- a), que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho Instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor.
- b), que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento.
- c), que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

Pues bien, en base a lo declarado probado, los bonos Aisa SA, de acuerdo con lo anterior; deberían ser calificados como valor complejo porque no aparece en la lista legal explícita de valores no complejos y porque no cumplen las tres condiciones expuestas.

En este sentido, se pronunció la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1^a, de 4 de abril de 2013; que describió las características de un producto complejo.

No obstante, aunque se considerase que los bonos Aisa SA eran un producto financiero no complejo, no conduce a la tesis de la entidad demandada, conforme a la cual no estaba obligada la entidad bancaria a informar de "una hipotética e imprevisible insolvencia" de la entidad emisora.

Efectivamente, está admitido que los bonos emitidos, a diferencia del depósito bancario prototípico, carecían de la garantía de tercero en caso de insolvencia de la entidad. En el folleto de la emisión se precisa que el banco colocador, Bankpyme, SA; no garantizaba el buen fin de los bonos, emitidos "bajo la única y exclusiva responsabilidad y solvencia del emisor" y que, en caso de concurso de Aisa, SA; los inversores se situarían detrás de los acreedores con privilegio.

Estamos por tanto frente a un producto con "riesgo de crédito", tal como reconoce el propio folleto de la emisión, el cual además indica que "la emisión no tiene asignada calificación crediticia por las agencias de calificación".

Ese riesgo, debía ser informado previamente a la parte actora, ya que, como se ha expuesto, el régimen legal vigente en esa época de tutela del inversor englobaba a toda clase de producto financiero, obligando a la prestadora de servicios de inversión a





informar al potencial inversor de todo cuanto fuera relevante para la decisión de invertir (se impone informar de "los riesgos de cada operación", sin perjuicio de que en el caso de los productos financieros de alto riesgo esa información habría de suministrarse "muy especialmente"), y la cuestión concerniente a la recuperación del capital en caso de insolvencia del emisor es sin duda trascendental.

Por tanto, para la comercialización de ambos productos debía observarse la normativa informativa prevista en la citada Ley del Mercado de Valores y en sus normas de desarrollo.

Por ello, entiendo que procede la resolución contractual con restitución de prestaciones. Y es que no estamos aquí ante un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor del artículo 1.105 Código Civil estatal; sino ante un riesgo conocido (constaba en el folleto de la emisión, inscrito en la CNMV como hecho relevante) y ante un daño cuya posibilidad es previsible (en el sector inmobiliario) dado el conocimiento que la demandada debía tener de la entidad emisora; de modo que la entidad bancaria podría haber eludido toda posible responsabilidad si hubiera dado a la parte actora la información adecuada en forma clara y comprensible.

Así, procede acordar la resolución contractual pedida, pues el incumplimiento de la información indicada, ha de ser calificado como grave y suficiente para fundamentar la resolución; al ser una circunstancia relevante para la orden de compra que impidió a la parte actora, conocer con exactitud los riesgos que asumía y la situación económica de la sociedad emisora.

Por todo ello, debo estimar la acción judicial de resolución por incumplimiento contractual e indemnización de daños y perjuicios que se articula en la demanda.

Efectivamente, la repetida grave falta de información supone un incumplimiento contractual por parte de la entidad bancaria (posición contractual ocupada, ahora, por la demandada) del artículo 1101 del Código Civil estatal y de la suficiente entidad conforme al artículo 1124 del mismo Código para provocar la resolución contractual. Por lo tanto, se estima la demanda, declarando el incumplimiento por parte de la entidad bancaria de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada de los bonos objeto de la presente demanda, en los términos recogidos en la demanda y, de conformidad con el artículo 1124 del Código Civil.

En consecuencia, debo declarar la resolución de dicho contrato, con resarcimiento de daños y abono de intereses, que se concretan en la devolución a la parte actora de las sumas invertidas y de los gastos de custodia abonados, con el objeto de reparar el daño causado; añadiendo los intereses legales desde la fecha de efectos de la adquisición de los bonos (el 14/08/2006, según consta en el folio 304 de las actuaciones) y del pago de los correspondientes gastos. Debiéndose compensar todo ello, con las cantidades





correspondientes a los cupones percibidos y rendimientos, en su caso, percibidos por la parte actora; añadiendo los correspondientes intereses legales desde su percepción.

Asimismo, se debe declarar la titularidad de Caixabank, SA de los bonos objeto del presente litigio, para lo cual se facilitará por parte del demandante, en caso de que fuera necesario, la puesta a disposición de dichos valores y/o la suscripción documental que fuese menester.

Y si para dar cumplimiento al correspondiente cálculo, partiendo de las bases expuestas, las partes litigantes no llegasen aun acuerdo; las cantidades correspondientes deberán determinarse en ejecución de sentencia, en aplicación del apartado núm. 2 del artículo 219 de la ley adjetiva civil.

Finalmente, por lo que se refiere a la pretensión subsidiaria de la pretensión de nulidad relativa, en base a la existencia de vicio del consentimiento; la estimación principal haría innecesario entrar en otras pretensiones; no obstante, con ánimo de resolver todas las cuestiones debatidas, de manera breve; conviene referir que, en base a los hechos expuestos, habría existido error esencial excusable; invalidando el consentimiento prestado por la parte actora, a la hora de adquirir los bonos objeto del presente procedimiento.

Ello es así, en aplicación del artículo 1266 del Código Civil estatal. A tal solución se debe llegar por la cualidad de "inversor conservador" que tiene la parte actora, tal como se ha expuesto, en el fundamento de derecho cuarto; lo que hace que este error deba considerarse excusable, pues, a diferencia de lo que puede ocurrir con otros inversores más cualificados, carecen de otros medios para obtener información sobre los datos económicos que afectan a la sociedad emisora de los bonos y que son relevantes para tomar la decisión inversora. A la entidad bancaria le correspondía informar a la parte actora sobre las características de los bonos. Debían dejar claro que existía riesgo de pérdida patrimonial. Al no hacerlo, existió un vicio en el consentimiento de la parte actora.

SÉPTIMO.- En base al apartado primero del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede la condena en costas procesales de ninguna de las partes litigantes. Ello es así, dado que existen serias dudas de derecho, por la existencia de doctrina opuesta en diversas sentencias de las Audiencias Provinciales respecto a la legitimación pasiva de Caixabank SA, en casos similares; tal como se ha expuesto en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación al presente supuesto y, en base a los razonamientos expuestos; dicto el siguiente





FALLO

Que estimo íntegramente la demanda de D. frente a la entidad
Caixabank SA y, en consecuencia, realzo los siguientes pronunciamientos:

1º, declaro la resolución del contrato derivado de la adquisición de los bonos de "AISA 5 % 08/11 BO" (de fecha de efectos de 14/08/2006) por valor de compra de 50.000 euros.

2º, Caixabank, SA debe abonar a la parte actora las sumas invertidas por ésta y los gastos de custodia; añadiendo los intereses legales desde la fecha de efectos de la adquisición de los bonos (el 14/08/2006) respecto a la inversión realizada y los intereses legales de los importes por gastos desde que fueron abonados por la actora. Debiéndose compensar dichas cantidades, con el importe de los cupones y rendimientos, en su caso, percibidos por la parte actora, añadiendo los correspondientes intereses legales desde su percepción.

Y si para dar cumplimiento a éste pronunciamiento, partiendo de las bases expuestas, las partes litigantes no llegasen aun acuerdo; las cantidades correspondientes deberán determinarse en ejecución de sentencia, en aplicación del apartado núm. 2 del artículo 219 de la ley adjetiva civil.

3º, declaro la titularidad de Caixabank, SA de los bonos objeto del presente litigio, para lo cual se facilitará por parte del demandante, en caso de que fuera necesario, la puesta a disposición de dichos valores y/o la suscripción documental que fuese menester.

4º, a pesar de la estimación íntegra de la pretensión principal de la demanda, no condeno en las costas procesales a ninguno de los litigantes, en aras a la consideración contenida en el fundamento de derecho séptimo

Modo de impugnación: recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de Barcelona (art.455 LEC).

El recurso se interpone mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación, en el que se debe exponer las alegaciones en que se base la impugnación, citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre. Sin estos requisitos no se admitirá la impugnación (arts. 458.1 y 2 LEC).

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.





El Magistrado

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://justicia.gencat.cat/IAP/consultacCSV.html	Codi Segur de Verificació: NW4H715GFCCA6N48J736BW1FPRQ6N81
Data i hora 03/10/2016 09:47	Signat per Granero Peñalver, Joan;

