



Sección nº 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16, 1a planta - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866210
FAX: 934866302
EMAIL:aps17.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0812142120148265634

Recurso de apelación

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Mataró
Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 1785/2014

Parte recurrente/Solicitante: CAIXABANK, SA
Procurador/a: Francesc D'A. Mestres Coll
Abogado/a:

Parte recurrida:
Procurador/a: Anna Charques Grifol
Abogado/a:

SENTENCIA Nº 612/2018

Magistradas:

- Mireia Borguño Ventura
- Ana María Ninot Martínez
- Maria Sanahuja Buenaventura

Barcelona, 19 de julio de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 20 de febrero de 2017 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Mataró a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/a Francesc D'A. Mestres Coll, en nombre y representación de CAIXABANK, SA contra Sentencia - 14/06/2016 y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a Anna Charques Grifol, en nombre y representación de

SEGUNDO.- El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

“ OUE ESTIMANDO sustancialmente la demanda interpuesta por contra CATALUNYA BANC S.A (sucesora de BANKPIME) DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a indemnizar a la parte actora en la suma de 13004,06 euros mas los intereses legales que correspondan.

Todo ello con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia a la parte demandada “

Que se completa con Auto de fecha 30.09.16 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente :





" Acuerdo rectificar el error padecido en la redacción de la Sentencia núm. 177/2016, de fecha 14/6/2016 en sentido de donde dice:

"...a instancia de , representado por Procurador Dña. Ana Charques Grifol y asistido por el Letrado Dña. Laia Manté Majó contra CATALUNYA BANC S.A (sucesora de BANKPIME).....",

Cabe decir : "...a instancia de , representado por Procurador Dña. Ana Charques Grifol y asistido por el Letrado Dña. Laia Manté Majó contra **CAIXABANK S.A** (sucesora de BANKPIME)..."

y donde dice : "QUE ESTIMANDO sustancialmente la demanda interpuesta por , contra CATALUNYA BANC S.A (sucesora de BANKPIME) DEBO CONDENAR Y CONDENO..."

Debe decir: "QUE ESTIMANDO sustancialmente la demanda interpuesta por , contra **CAIXABANK S.A.**(sucesora de BANKPIME) DEBO CONDENAR Y CONDENO..."

TERCERO.-El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 18/07/2018.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente a la Magistrada Maria Sanahuja Buenaventura .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sra. , que cuenta en el momento de la interposición de la demanda con 70 años, ama de casa y sin formación, interpone demanda contra CAIXABANK, S.A., como sucesora de BANCO DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, S.A., solicitando:

1.- Se declare el incumplimiento por parte de BANKPYME de sus obligaciones contractuales en cuanto al pacto de recompra de valores, así como de sus obligaciones legales de lealtad, diligencia y de información en la venta de los instrumentos objeto de la demanda (art. 1124 CC), y como consecuencia se resuelva el contrato por el que se adquirieron los Bonos de Fergo Aisa, de fecha 13 de julio de 2006, y se condene a CAIXABANK, S.A. al pago, en concepto de daños y perjuicios (art. 1101 CC), del importe de 15.000.- €, más los gastos de custodia directamente vinculados, y los intereses legales que correspondan, debiéndose compensar de todo ellos los importes percibidos en concepto de cupón, y que salvo error u omisión se han contabilizado en la suma de 1995,94 €.





2.- Subsidiariamente, se declare la nulidad del contrato (art. 6.3 CC, o 1300 y ss CC), y se condene a la demandada a la restitución de 15.000.- €, más los gastos de custodia directamente vinculados a estos valores, más los intereses legales que correspondan, debiéndose compensar de todo ello los importes percibidos en concepto de cupón y que salvo error u omisión se han contabilizado en la suma de 1995,94 €.

3.- Se procederá a la restitución de los títulos a CAIXABANK, S.A., o a quien ella designe.

4.- Se condene a CAIXABANK, S.A. al pago de las costas judiciales causadas.

CAIXABANK, S.A. excepciona falta de legitimación pasiva, puesto que ésta adquirió determinados activos y pasivos de BANKPIME, pero no le sucedió de forma universal, quedando excluidos del contrato de compra de negocio bancario las reclamaciones por incumplimiento contractual, como la presente. Alega caducidad de la acción, porque el plazo para el ejercicio de la acción se inicia con la consumación del contrato. Y se opone por inexistencia de causa de anulabilidad, de error o dolo invalidante del consentimiento en la intermediación de BANKPIME; así como por falta de comunicación del crédito por la actora en el concurso de FERGO AISA Y/O BANKPYME.

La sentencia de instancia estima la demanda abordando las cuestiones planteadas.

SEGUNDO.- La representación de CAIXABANK, S.A. plantea en su recurso las siguientes alegaciones:

1.- Falta de legitimación pasiva de CAIXABANK, porque no ha habido sucesión universal en la posición de BANKPIME, ya que hubo exclusión de los pasivos contingentes por responsabilidades contractuales y extracontractuales; y porque la intervención de BANKPIME fue en calidad de mera intermediadora.

2.- Caducidad de la acción de nulidad ejercitada subsidiariamente por la actora. Insiste en que el cómputo del plazo debe iniciarse desde la fecha de suscripción de la orden de compra, o como más tarde desde que se dejaron de percibir beneficios en 2009.

3.- Impugnación de las órdenes de transferencia de valores. Considera que las órdenes de transferencia una vez cursadas, son irrevocables.

4.- Inexistencia de vicio en el consentimiento por dolo o error.

5.- Inexistencia de falta de información.

6.- Ejercicio de las pretensiones de la actora al margen del procedimiento concursal de BANKPIME.

El recurso se plantea como si se hubiera estimado la pretensión subsidiaria, cuando la acción que se estima es la de indemnizar por los daños y perjuicios causados.

TERCERO.- Sobre las cuestiones planteadas por CAIXABANK, El Tribunal Supremo se pronunció en sentencia de 29 de noviembre de 2017 (Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA), indicando:

“Ineficacia frente a los clientes de la exención de los «pasivos contingentes» de la transmisión del negocio bancario (...)

2.- La cláusula en la que Caixabank funda su argumentación no supone, como pretende, la exclusión de algunos pasivos en la transmisión del negocio bancario, o la exclusión de algunos contratos en la cesión de contratos efectuada por Bankpime a Caixabank, exclusión de contratos que, por otra parte, era incompatible con la transmisión del negocio bancario como unidad económica. Lo que en realidad se





pretendía con esa cláusula era transmitir a CaixaBank el negocio bancario de Bankpime, ceder a CaixaBank los contratos celebrados por Bankpime con sus clientes en el marco de dicho negocio, pero sin que CaixaBank asumiera responsabilidad alguna frente a los clientes cedidos. Y se pretendía hacerlo sin ponerlo en conocimiento de los clientes «cedidos» ni contar con su aquiescencia.

3.- **Una interpretación de esta cláusula como la que sostiene CaixaBank ha de considerarse fraudulenta**, al intentar oponerla frente a terceros ajenos al contrato que celebró con Bankpime, pues defrauda los legítimos derechos del cliente bancario a la protección de su posición contractual en un caso de transmisión del negocio bancario como unidad económica. Máxime en un caso como este, en que el cedente se desprendió por completo de su negocio bancario y casi sin solución de continuidad, renunció a la autorización para operar como entidad de crédito y entró en concurso que terminó en liquidación al no aprobarse el convenio.

4.- Por tal razón, esa cláusula carece de eficacia frente a terceros no intervinientes en el contrato, como es el caso de los clientes de Bankpime que por la transmisión del negocio bancario pasaron a serlo de CaixaBank. Es CaixaBank, no la Audiencia Provincial, quien sostiene un argumento que vulnera el art. 1257 del Código Civil (...)

5.- Al haberse producido, en virtud del negocio jurídico celebrado entre CaixaBank y Bankpime, la cesión global de los contratos celebrados por Bankpime con sus clientes como elemento integrante de la transmisión del negocio bancario, como unidad económica, de una a otra entidad, la transmisión de la posición jurídica que el cedente tenía en los contratos celebrados con los clientes en el desenvolvimiento del negocio bancario transmitido ha de considerarse plena. No es admisible, que es lo que supone en la práctica la pretensión de CaixaBank al amparo de dicha cláusula, porque tal pretensión implica la defraudación de los legítimos derechos de los clientes bancarios, al privarles de las acciones que pueden ejercitar con base en los contratos celebrados con el banco del que han pasado a ser clientes en virtud de la transmisión del negocio bancario realizado y que ha asumido la posición contractual del banco cedente. De aceptarse la tesis de CaixaBank se llegaría al absurdo de que, aun cuando la transmisión del negocio bancario fue global, algunas relaciones jurídicas con algunos clientes que pasaron a ser de CaixaBank, retornarían a Bankpime por el solo hecho de resultar conflictivas o inconvenientes para CaixaBank, y ello en virtud de una cláusula oculta para esos mismos clientes y pese a haber dejado de operar Bankpime en el negocio bancario. Por ello, frente a estos clientes, carece de eficacia la previsión de que no resultan transmitidos los «pasivos contingentes» consistentes en «reclamaciones contractuales [...] futuras que puedan derivarse de la actividad del vendedor [...]». (...)

7.- Además de lo expuesto, que bastaría para desestimar el argumento impugnatorio, debe añadirse que en este caso es necesario proteger la confianza legítima generada en sus clientes por la actuación de Bankpime y CaixaBank. Como se ha dicho, la operación celebrada entre ambos se presentó a los clientes como una transmisión del negocio bancario (como efectivamente había sido), con cesión incluso de oficinas y personal, pues así se les comunicó y así se desprendía de los signos externos apreciables por los clientes (mismas oficinas, mismos empleados). Con base en esta apariencia, los clientes tenían derecho a confiar en que no se limitaría su derecho a ejercitar frente al nuevo titular del negocio bancario las acciones basadas en el desenvolvimiento del negocio bancario anterior al momento en que se produjo tal transmisión.

Esta transmisión del negocio bancario de una a otra entidad fue comunicada a los clientes sin informarles sobre las pretendidas limitaciones que CaixaBank invoca. Las cláusulas del contrato celebrado entre Bankpime y CaixaBank en las que este pretende fundar las limitaciones que impedirían a los clientes ejercitar contra él las acciones derivadas de los contratos enmarcados en el negocio bancario transmitido, eran desconocidas para los clientes de Bankpime que pasaron a serlo de CaixaBank con base en la transmisión operada, como es el caso de los demandantes.





Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://eicat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: LGZA2TF2KX1VB7J5K6F8H3786J6L0PW
Data i hora 11/09/2018 13:57	Signat per Sanahuja Buenaventura, Maria; Borguño Ventura, Mireia; Ninot Martínez, Ana Maria.

8.- Por último, dado que la existencia o no de un conflicto que dé lugar a una «reclamación contractual» (en un sentido amplio, que incluya las acciones de nulidad del contrato) depende de la voluntad de CaixaBank de atender a las solicitudes de sus nuevos clientes, la pretensión de hacer valer una cláusula de esta naturaleza frente a los clientes que lo eran de Bankpime y pasaron a serlo de CaixaBank, supone dejar sin efecto la cesión de una determinada posición contractual, efectivamente producida, cuando en el futuro se genere un conflicto al que el banco cesionario decida no dar una respuesta satisfactoria para el cliente, y este efectúe una reclamación. Se estaría dejando la decisión sobre la validez y el cumplimiento de los contratos cedidos al arbitrio exclusivo del cesionario del contrato, que no tendría que responder frente al cliente de la acción que este entablara para obtener la anulación del contrato o la exigencia de responsabilidad por el incumplimiento del mismo.

9.- A la vista de lo anterior, este extremo del contrato de cesión celebrado entre Bankpime y CaixaBank debe ser interpretado en el sentido de que aquel quedaba obligado a dejar a este indemne por las reclamaciones que le formularan los clientes que en su día lo fueron de Bankpime cuando tales reclamaciones se basaran en hechos acaecidos antes de la transmisión del negocio bancario, de modo que CaixaBank pueda reclamarle la indemnización por el quebranto patrimonial que le supongan estas reclamaciones. Esta interpretación, respetuosa con la protección del crédito y de los legítimos derechos de la clientela que impone el orden público económico y con la previsión de que los contratos solo producen efectos entre las partes y sus causahabientes, es la única que respeta las exigencias de los arts. 1255 y 1257 del Código Civil, invocados como fundamento del motivo del recurso de casación.(...)

La legitimación pasiva en las acciones de nulidad de los contratos de adquisición de productos financieros complejos comercializados por las empresas de inversión (...)

3.- Este tribunal, en anteriores sentencias, ha reconocido la legitimación pasiva de la entidad bancaria que comercializa a sus clientes un producto de inversión cuando estos ejercitan contra aquella una acción de nulidad y piden la restitución de lo que invirtieron. Lo hicimos en las sentencias 769/2014, de 12 enero, 625/2016, de 24 de octubre, y 718/2016, de 1 de diciembre, entre otras. Lo hemos hecho más recientemente y de un modo extenso en la sentencia 477/2017, de 20 de julio.

4.- Hemos afirmado en esta última sentencia que cuando el demandante solo mantiene la relación contractual con la empresa de inversión de la que es cliente, en este caso un banco, y adquiere un producto de inversión que tal empresa comercializa, el negocio no funciona realmente como una intermediación por parte de la empresa de inversión entre el cliente comprador y el emisor del producto de inversión o el anterior titular que transmite, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto (en este caso, unos bonos) que la empresa de inversión se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular y, al transmitirla a su cliente, obtiene un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del agente. Es más, por lo general el cliente no conoce el modo en que la empresa de inversión ha obtenido el producto que tal empresa comercializa, pues ignora si la empresa de inversión lo ha adquirido directamente del emisor, que en ocasiones está radicado en un país lejano, o lo ha adquirido en un mercado secundario de un anterior inversor que es desconocido para el cliente.

El inversor paga el precio del producto a la empresa de inversión de la que es cliente. La empresa de inversión le facilita el producto financiero que comercializa (que usualmente queda custodiado y administrado por la propia empresa de inversión, de modo que la titularidad del cliente se plasma simplemente en un apunte en su cuenta de valores administrada por tal empresa de inversión) y esta obtiene un beneficio por el margen que carga sobre el precio que abonó por la adquisición del producto.





5.- En estas circunstancias, ha de reconocerse legitimación pasiva a la empresa de inversión que comercializa el producto de inversión, en este caso un banco, para soportar la acción de nulidad del contrato por el que el cliente obtuvo el producto y, en caso de condena, debe restituir al cliente la prestación consistente en el precio que este pagó por la adquisición del producto.

6.- Esta solución es la más adecuada a la naturaleza de la acción ejercitada y a la intervención que los distintos sujetos tienen en el negocio, habida cuenta de que el elemento determinante de la existencia de error vicio es, en estos casos, **el déficit de información del cliente provocado porque la empresa de inversión que actúa como comercializadora ha incumplido las obligaciones de información sobre la naturaleza y los riesgos del producto de inversión que le impone la normativa sobre el mercado de valores.**

7.- Además, si aceptáramos la tesis de la entidad bancaria recurrente, estaríamos privando en la práctica al cliente minorista de la posibilidad de ejercitar la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento, puesto que le es muy difícil, por lo gravoso, cuando no imposible, ejercitarla contra una entidad emisora ubicada en un Estado extranjero o contra un anterior titular del que desconoce la identidad, que puede estar domiciliado también en un Estado extranjero, y que ninguna intervención ha tenido en la causación del error vicio al comprador, pues la obligación de información no recaía sobre él sino sobre la entidad bancaria que comercializó el producto, de la que el demandante es cliente. (...)

La cesión de la posición contractual de Bankpime en el negocio bancario (...)

2.- Bankpime y Caixabank articularon formalmente la transmisión por el primero al segundo de «su negocio bancario como unidad económica» como una transmisión de activos y pasivos propios de tal negocio bancario, en la que se enmarcaba la cesión de los contratos suscritos por Bankpime con sus clientes.

3.- Es cierto que la jurisprudencia de esta sala ha afirmado que para que se produzca la cesión de un contrato es preciso que este sea un contrato con prestaciones sinalagmáticas que no hayan sido cumplidas todavía. Pero el negocio celebrado entre Bankpime y Caixabank ha de ser analizado en su totalidad, sin descomponerlo artificialmente, para decidir si Caixabank está legitimado pasivamente para soportar las acciones relativas al contrato que en su día celebraron los demandantes con Bankpime. 4.- La Audiencia Provincial, al reproducir y asumir lo declarado sobre esta cuestión por otras Audiencias, consideró que se trató de una transmisión global, por Bankpime a Caixabank, de determinada posición jurídica y del conjunto de efectos contractuales que dimanaban de esa posición jurídica, sin posibilidad de descomponerla en diferentes negocios transmisivos.

5.- La tesis de la Audiencia Provincial se considera correcta. El negocio jurídico celebrado por las dos entidades bancarias no tenía por finalidad la cesión de determinados contratos celebrados por Bankpime, sino la transmisión de su negocio bancario (que era la actividad propia de su objeto social) como una unidad económica. En el marco de esa transmisión del negocio bancario como unidad económica, Bankpime se desprendió de los elementos patrimoniales necesarios para el desenvolvimiento del negocio bancario, que transmitió a Caixabank, incluida la cesión de los contratos celebrados con sus clientes, y poco después renunció a la autorización para operar como entidad de crédito.

6.- La causa de la cesión de los contratos bancarios por Bankpime a Caixabank es justamente la transmisión del negocio bancario como una unidad económica, en cuya operación se enmarcaba y adquiriría sentido. La particularidad de esa causa de la cesión de los contratos trae como consecuencia que tal cesión de contratos prevista en el contrato de transmisión del negocio bancario incluyera tanto los créditos, derechos y, en general, posiciones activas de la entidad bancaria transmitente respecto de sus clientes, como las obligaciones, responsabilidades y, en general, posiciones pasivas de dicha entidad frente a sus clientes. Entre ellas está la de soportar pasivamente las acciones de nulidad de los contratos celebrados por





Bankpime con sus clientes y restituir las prestaciones percibidas en caso de que tales acciones fueran estimadas. Esta conclusión se ve reforzada en este caso por la íntima relación existente entre el contrato de adquisición de los bonos y el contrato de custodia y administración de los mismos, de ejecución continuada, celebrados entre los demandantes y Bankpime.

7.- De haberse tratado de una simple cesión individual de contratos (que, por otra parte, era incompatible con que la causa de tales cesiones fuera la transmisión del negocio bancario como unidad económica), tal cesión debería haber sido consentida por cada uno de los clientes, a los que se debería haber informado de los términos en que se había producido la cesión y haber recabado la prestación de su consentimiento. Sin embargo, solo se informó a los clientes de la transmisión del negocio bancario y la sustitución de Bankpime por CaixaBank, como hecho consumado, sin comunicarles las pretendidas limitaciones de los derechos de los clientes frente al cesionario de los contratos ni solicitarles que consintieran la cesión, en esos términos, del contrato o contratos que les vinculaba a Bankpime.

8.- Por tanto, la transmisión por Bankpime a CaixaBank de su negocio bancario como unidad económica y, como elemento integrante de dicha transmisión, la sustitución de Bankpime por CaixaBank en la posición contractual que aquel ostentaba frente a cada uno de sus clientes del negocio bancario, justifica que estos pudieran ejercitar contra CaixaBank las acciones de nulidad contractual, por error vicio, respecto de los contratos celebrados por Bankpime con su clientela antes de la transmisión del negocio bancario, sin perjuicio de las acciones que CaixaBank pueda ejercitar contra Bankpime para quedar indemne frente a esas reclamaciones, conforme a lo previsto en el contrato celebrado entre ambos bancos.

La caducidad de la acción de nulidad de los contratos de adquisición de productos financieros complejos

1.- Esta sala ha tratado la cuestión de la caducidad de las acciones de anulación por error vicio de los contratos relacionados con los productos o servicios financieros complejos y de riesgo en sentencias como las 769/2014, de 12 de enero de 2015, 376/2015, de 7 de julio, 489/2015, de 16 de septiembre, 435/2016, de 29 de junio, 718/2016, de 1 de diciembre, 728/2016, de 19 de diciembre, 734/2016, de 20 de diciembre, 11/2017, de 13 de enero, y 130/2017, de 27 de febrero entre otras. Se trata por tanto de una jurisprudencia asentada y estable.

2.- En estas sentencias, a las que nos remitimos para evitar extensas transcripciones, hemos declarado que en las 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 positivas o 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.

3.- La Audiencia Provincial ha resuelto correctamente la cuestión al recoger esta jurisprudencia mediante la extensa transcripción de lo declarado en nuestra sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015. Por tanto, la tesis que fundamenta el recurso de casación formulado, consistente en que el contrato quedó consumado en el momento de su perfección y en ese momento se inició el plazo de cuatro años para ejercitar la acción de anulación, queda descartada, pues no se ajusta a la jurisprudencia de esta sala sobre la fecha inicial del plazo de caducidad de este tipo de acciones."

Respecto al dies a quo a partir del cual empieza a correr el plazo de la acción de nulidad por error vicio del consentimiento de un contrato de swap, el Pleno del TS,





en sentencia de 19 de febrero de 2018 (Ponente: MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN, indica:

"Mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que 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, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.

De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC , que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr «desde la consumación del contrato».

3.- A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato. (...)

En los contratos de swaps o «cobertura de hipoteca» no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. Ello en atención a que en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés."

La fecha que debería ser tomada en consideración es la del vencimiento del contrato, el 8 de agosto de 2.011, por lo que a fecha de interposición de la demanda el 24-11-2.014 el plazo de cuatro años no había transcurrido.

Ni existe falta de legitimación pasiva de CAIXABANK, ni caducidad de la acción subsidiaria de nulidad.

Sobre la cuestión esta sección tuvo oportunidad de pronunciarse en la SAP del 8 de junio de 2016 (Ponente: JOSE ANTONIO BALLESTER LLOPIS), indicando:

"Está legitimada pasivamente la entidad "Caixabank" en virtud de la cesión contractual, y no como simple depositaria, sino porque ésta siguió dando asesoramiento a los demandantes, a los que, como consumidores, deben evitárseles 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 "Bankpyme" que ejecutó las comercializaciones pretéritas, y la transformación de éste en "Impe, 2012m SA " , declarada en estado legal de concurso; y todo ello sin información clara, suficiente y continuada a los consumidores- demandantes, ni con la conformidad ni intervención de éstos.

Resulta chocante que se admita por la demandada su condición de depositaria y custodiante de los valores, y en cambio no asuman las obligaciones de "Bankpyme" y cobre comisiones derivadas de la contratación precedente o pretérita, y por otra parte remita a los ordenantes a otra entidad concursada (IMPE.2012) desde el 22-abril-14, cuando en documento privado de compraventa de 29-septiembre-2011, elevado a público el 1-diciembre siguiente, "Bankpyme" (vendedora) y " Caixabank, SA" (compradora) pactaron (...)





...en perjuicio de terceros, ad exemplum las relativas a "activos y pasivos no cedidos" y como las de " el comprador no asumirá ni adquirirá ningún pasivo del vendedor distinto de los expresamente asumidos en la cláusula 2.2 anterior. En particular, se excluyen de la operación contemplada en el presente contrato y constituyen pasivos retenidos por el vendedor y no transmitidos al comprador los pasivos contingentes tales como reclamaciones contractuales y 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 anterior) para que el vendedor pueda hacer frente a dicha reclamación.

El vendedor mantendrá indemne al comprador por los daños y perjuicios que pudiera sufrir como consecuencia de los pasivos no cedidos. Se adjunta como Anexo 4 un balance pro 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)", 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. Item más, se hace necesario recalcar, las anteriores 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, le entidad documentada 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 refleja la exclusión del crédito de los actores (cláusula 4 y Anexo-4 como f. 215 a 261 y 278) ni la notificación a los actores de la sustitución por " Caixabank" a "Bankpyme"; por todo lo cual esta Sala ratifica la estimación de cesión contractual entre éstas últimas, en virtud de la cláusula 14, asimismo, del Acuerdo, corroborado por la fusión por absorción de "Bankpyme Gestión" por "Invercaixa Gestión" ; y por las modificaciones contractuales efectuadas por la demandada y notificadas a los actores, a 8-1-13 , y extractos de Valores según "La Caixa", y rendimientos de la inversión y escudarse después en que la "sucesora" de Bankpyme había concursado (IPME 2012, SA -) en tanto que a 29-11-11 se concedió autorización a "Bankpyme SA" y a " Caixabank SA" para llevar a cabo la operación societaria de transmisión del negocio bancario de la primera a favor de la segunda."

CUARTO.- Por lo que refiere al deber de información a un consumidor nos remitimos a lo indicado en la resolución recurrida, destacando:

"Desde la perspectiva de la parte contratante, usuario del producto, se trata de persona calificable, sin género de duda, como cliente minorista, sin estudios conocidos ni experiencia o conocimiento en el sector financiero acreditada. Luego, por lo expuesto debe ser calificada como consumidora y, por ello, merecedora de la máxima protección.

Por otro lado, desde la perspectiva de la otra parte contratante, esto es, la entidad bancaria 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 FERGO AISA, que era una empresa del mismo grupo empresarial, existiendo un evidente conflicto de intereses.





Hubo recomendación personalizada, directa, específica y efectiva hacia el producto contratado, del que con absoluta seguridad el cliente desconocía su complejidad. lo cual encaja en el supuesto del art. 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 del actor, sin conocimientos financieros, y de perfil conservador respecto a las inversiones. y en lo que a la comercialización del producto de autos se refiere, resultó evidente que en caso alguno se practicó un test de idoneidad al cliente actor, no consta en autos, como tampoco que se valorara la idoneidad de otro modo del mismo respecto de los bonos comercializados.

La información precontractual fue inexistente, no habiendo probado ni acreditado la demandada, conforme le incumbía ex art.217 LEC, que las personas de la entidad hubieran proporcionado e informado de los datos suficientes, los elementos esenciales de los bonos, incluido el pacto de recompra, incumplimiento con ello, la entidad bancaria sus obligaciones contractuales. A ello, se une que la información contractual fue igual de inexistente, pues ni tan siquiera obra en autos el contrato objeto de litigio siendo que la demandada ni siquiera lo ha adjuntado a pesar de hacer una descripción detallada del mismo en su contestación.

El actor solo dispone de varios recibos de la composición de la cartera de valores pero no dispone de la orden de adhesión de compra, como tampoco la demandada, siendo que, sin embargo por ninguna de las partes se niega la relación contractual y la existencia de los bonos litigiosos."

En consecuencia, y haciendo propios los argumentos de la resolución recurrida, por cuanto resulta evidente que existió falta de información, desestimamos el recurso planteado, pues CAIXABANK es la titular del crédito que se reclama.

QUINTO.- Desestimado el recurso planteado se condena en las costas a la recurrente (art. 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil)

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso planteado por la representación de CAIXABANK, S.A., CONFIRMAMOS la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Mataró, el 14 de junio de 2016. En cuanto a las costas del recurso se imponen a la recurrente.

Visto el resultado de la resolución recaída, y conforme lo recogido en el punto 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la nueva redacción introducida por la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, BOE de 4 noviembre, con pérdida del depósito ingresado en su día para recurrir, y en sus méritos procédase a dar a éste el destino previsto en la Ley.

Modo de impugnación: recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477.2 LEC y recurso extraordinario **POR INFRACCIÓN PROCESAL** (regla 1.3 de la DF 16ª LEC) ante el Tribunal Supremo (art.466 LEC) siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos.

También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de





cassació en matèria de dret civil a Catalunya.

El/los recurso/s se interpone/n mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación. 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.

Lo acordamos y firmamos.

Las Magistradas :

Doc. electrònic garantit amb signatura-e Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html> Codi Segur de Verificació: LGZA2TF2KX1VB7J5K6F8H3786J8LOPVw

Signat per Sanahuja Buenaventura, Maria; Borguño Ventura, Mireia; Ninot Martinez, Ana Maria;

Data i hora 11/09/2018 13:57

