



Roj: **SAP IB 324/2016 - ECLI:ES:APIB:2016:324**

Id Cendoj: **07040370052016100053**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **5**

Fecha: **08/03/2016**

Nº de Recurso: **569/2015**

Nº de Resolución: **66/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA COVADONGA SOLA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP IB 324/2016,**
STS 212/2018

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00066/2016

ROLLO: 569/15

S E N T E N C I A N º 6 6

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. MATEO RAMÓN HOMAR

Magistrados:

D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ

Dª COVADONGA SOLA RUIZ

En Palma de Mallorca a ocho de marzo de dos mil dieciséis

Vistos por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 19 de Palma, bajo el número 666/14, Rollo de Sala número 569/15, entre partes, de una, como demandada apelante CAIXABANK S.A., representada por el Procurador de los Tribunales DOÑA CATALINA SALOM SANTANA y asistida del Letrado DON FRANSEC SEGURA FUSTER y, de otra, como demandante apelada DOÑA Inocencia , representada por el Procurador de los Tribunales DON ANTONIO FERRAGUT CABANELLAS y asistida del Letrado DON MANUEL VICH SALAS.

ES PONENTE la Magistrada Dª COVADONGA SOLA RUIZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por la Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 19 de Palma en fecha 8 de octubre de 2015 se dictó Sentencia cuyo Fallo es del tenor literal siguiente "QUE ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA de Dª Inocencia , representada por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Ferragut Cabañellas frente a la entidad Caixabank SA declaro la nulidad del contrato de participaciones preferentes litigioso, condenando a las partes a restituirse recíprocamente las prestaciones debidas, así como al abono de los intereses respectivamente devengados.

Se condena a la parte demandada al pago de las costas procesales".



SEGUNDO .- Que contra la anterior sentencia y por la representación de la parte demandada se interpuso recurso de apelación y seguido el recurso por sus trámites se celebró deliberación y votación en fecha 16 de febrero del corriente año, quedando el recurso concluso para Sentencia.

TERCERO .- Que en la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Con la demanda que dio inicio a las presentes actuaciones se interesa por la actora se declare la nulidad, o anulabilidad por error o vicio en el consentimiento, y subsidiariamente la resolución contractual, y en ambos casos con indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, de la orden de suscripción de valores (participaciones preferentes) emitidas por KAUPTHINK BANK, realizada el 6 de marzo de 2008, por importe de 16.932,80.- euros. Alega a tal fin que debido a la relación de absoluta confianza con la entidad Bankpime, adquirida por la demandada en el año 2011, y sin tener conocimientos financieros invertía en los productos que le indicaba la entidad, conocedora de su perfil claramente conservador (productos garantizados). Que el marco de dicha relación de confianza y asesoramiento se le ofreció aquella orden de compra, recibiendo como única información su alta rentabilidad (6,75% anual con pago trimestral) y que en el plazo de 4 años podía cancelarlo y recuperar el capital invertido. Que cuando en enero de 2009 acude a la entidad bancaria, solicitando información sobre su inversión, dado que sólo había cobrado los intereses de los dos primeros trimestres, la única información que se facilitó es que el banco de Islandia tenía problemas, pero que no se preocupara porque el capital estaba garantizado. Considera que concurre vicio del consentimiento, desde el momento en que por la escasa información que le fue facilitada por la entidad, siempre pensó que había contratado un depósito a plazo, con percepción de intereses trimestrales, por lo que debe declararse la nulidad o subsidiariamente que se declare que la entidad ha incurrido en responsabilidad en el cumplimiento de la obligación que tenía de asesorarle fielmente, valorando su perfil y ofreciéndole exclusivamente los productos que se adecuaban a su nivel de riesgo.

A dicha pretensión se opuso la demandada alegando su falta de legitimación pasiva, desde el momento en que no ha adquirido la entidad bankpime, que sigue existiendo bajo la denominación social de IMPE 2012 S.A., sino únicamente determinados activos y pasivos de la misma, entre los que expresamente se exceptuó de la transmisión los pasivos contingentes que consistan en reclamación contractuales o extracontractuales; que por dicho motivo desconoce las circunstancias concurrentes entre la actora y aquella entidad en el momento de adquisición de las participaciones preferentes; que no obstante de la documentación que le fue facilitada por bankpime considera que la actora tenía evidentes conocimientos sobre productos financieros y características esenciales de los mismos, careciendo del perfil conservador que ahora se atribuye; que atención al contrato suscrito, no se desprende que a la entidad Bankpime le correspondiera el asesoramiento de la actora, al tratarse de un simple contrato de depósito y administraciones de valores; que no concurre en el caso el vicio consentimiento alegado, siendo la realidad que la actora está intentado aprovechar el ambiente y corriente social, para obtener la devolución de la inversión, y que aún en el hipotético caso llegar a considera que hay error, el mismo no es excusable, al haberse podido evitar con un mínimo de diligencia buscando un asesoramiento necesario antes de efectuar la inversión; que tampoco cabe considerar que el supuesto error padecido fuera inducido por el personal de la oficina, desde el momento en que se le informó de las características básicas del producto, de acuerdo con la documentación que firmó para la adquisición de las participaciones preferente; caducidad o subsidiariamente prescripción de la acción ejercitada, pues desde la orden de compra en fecha 6 de marzo de 2008, hasta la interposición de la demanda ha transcurrido con exceso el plazo de 4 años; y que las ordenes de adquisición cursadas, conforme a la normativa que alega, no pueden ser objeto de anulación por ninguna causa.

La sentencia de instancia tras desestimar las excepciones alegadas y analizar la naturaleza del producto contratado (producto complejo y de riesgo elevado) y el deber de información que incumbe a las entidades financieras respecto de la comercialización de los mismos, estima en su integridad la demanda al considerar probado que la demandante no recibió información suficiente sobre los elementos esenciales que configuran el producto que se le recomendó atendiendo a su perfil, que le impidió formarse un conocimiento adecuado del producto que iba a contratar y que en consecuencia había sufrido un error en el consentimiento que anula el contrato.

Contra dicho pronunciamiento se alza la parte demandada reproduciendo como motivos de impugnación, los mismos argumentos esgrimidos en su escrito de contestación a la demanda.

La parte actora se ha opuesto al recurso, interesando la integra confirmación de la resolución recurrida, con expresa imposición de las costas procesales devengadas a la parte apelante.



SEGUNDO .- Centrado de este modo los términos del debate, comenzar señalando que este Tribunal, revisado nuevamente el contenido de los autos y el resultado de las pruebas practicadas, no puede sino compartir, por acertada, la totalidad de los razonamientos jurídicos que se contienen en la resolución recurrida y que tras un exhaustivo y pormenorizado análisis de todas las cuestiones jurídicas y fácticas debatidas en el proceso, le han llevado a la estimación de la demanda, de modo que una mera remisión al contenido de aquella motivación se estima suficiente para desestimar la totalidad de los motivos de impugnación alegados por la parte recurrente y con ello a confirmar el fallo contenido en la sentencia apelada.

Simplemente incidir que por lo que se refiere a su falta de legitimación pasiva, la sentencia de instancia no hace sino acogerse a lo ya declarado por este Tribunal, con cita a sus resoluciones, en orden a las consecuencias del contrato de compraventa del negocio bancario de BANKPIME por la entidad demandada, lo que hace innecesario reiterar lo así expuesto, únicamente añadir que esta misma Sección, en Sentencia de 28 de diciembre de 2015, vuelve a insistir en lo ya argumentado al respecto en las Sentencias que cita la resolución recurrida, y en las que con ocasión de un producto igual a que es objeto de análisis en el presente procedimiento "Participaciones Preferentes KAUPTHING BANK", decíamos

" TERCERO.- Discutida pro las partes la legitimación pasiva de la entidad "Caixabank, SA", procede adelantar que "puede ser objeto de transmisión la posición contractual que una persona ocupe en un determinado contrato"; que "resulta plenamente admisible a la luz de la jurisprudencia y conforme al principio general del artículo 1.255 del Código Civil .

Para que pueda darse la cesión del contrato se requiere fundamentalmente:

1. *Que se trate de contratos bilaterales, cuyas recíprocas prestaciones no hayan sido totalmente ejecutadas.*
2. *Que la otra parte del contrato (contratante cedido) acceda o consienta la cesión.*

Como regla general, la cesión del contrato conlleva la libración o desvinculación del cedente, que en adelante no queda obligado respecto del contratante cedido (la otra parte).

No obstante, cabe el pacto en contrario y, en la práctica, no es extraño que, en forma subsidiaria, el cedente quede obligado durante un cierto tiempo a responder en caso de que el cesionario incumpla las obligaciones que le incumban".

La consagración normativa de la autonomía privada en nuestro Código Civil se encuentra formulada en el artículo 1.255, según pacífica afirmación doctrinal y jurisprudencial: <<los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público>>. Esto es, una vez respetados los límites institucionales de la autonomía privada, el contenido de los contratos depende en exclusiva de la propia voluntad de las partes, quienes pueden dotar al entramado de derechos y obligaciones generado por el contrato del alcance que les venga en gana.

Y siguiendo la mejor doctrina, "la fuerza vinculante de los contratos se encuentra sancionada en el artículo 1.091 del Código, conforme al cual <<las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos>>; todo lo cual debe correlacionarse con la integración del contrato: "generalmente, la interpretación y la calificación del contrato (en cuanto determinante del régimen legal supletorio, al menos respecto de los contratos típicos) son operaciones lógicas cuyo resultado ofrece consecuencias positivas en relación con el contenido del contrato, esto es, con la precisa determinación de los derechos y obligaciones de las partes. Sin embargo, en otros casos, la determinación del exacto contenido del contrato y, por tanto, la efectiva ejecución del mismo no habrían de derivarse sólo de la actividad interpretativa y calificadora de forma exclusiva, sino que -con base en la naturaleza del contrato- sería necesario extraer consecuencias complementarias acordes con el conjunto del sistema normativo. A dicha operación se lee conoce técnicamente con el nombre de integración del contrato, en cuanto su resultado puede suponer la agregación de derechos y obligaciones no contemplados por las partes ni por las normas de carácter dispositivo aplicables al contrato en cuestión; la sustitución de determinadas estipulaciones convencionales por otras consecuencias impuestas por el ordenamiento o, finalmente, la declaración de nulidad de algunas cláusulas contractuales.

La integración del contrato se encuentra contemplada en nuestro Código Civil en el artículo 1.258, uno de los pilares de nuestro sistema normativo. Dicho precepto, tras identificar el momento de perfección de los contratos con el mero consentimiento, establece que éstos <<... obligan no sólo al cumplimiento de los expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley>>.

Así pues, la norma considerada es un precepto de carácter imperativo (ius cogens) que se aplica con independencia de la voluntad de las partes. De añadidura, su aplicación no requiere inexcusablemente que haya



laguna contractual, sino que puede entrar en juego incluso cuando las partes hayan previsto extremos que son indisponibles por los particulares (por ser, señaladamente, contrarios a la ley imperativa). En tal caso, las cláusulas pactadas habrían de ser sustituidas por las legalmente aplicables.

El artículo 1.258 señala como tales la buena fe, el uso y la ley. Sin embargo el escalonamiento jerárquico de tales medios de integración debe ser el contrario; en primer lugar deberá integrar la resolución contractual con lo dispuesto en la ley imperativa y, en su defecto, dispositiva; a continuación, deberán ser tenidos en cuenta los usos normativos, y finalmente la buena fe; y recordar que "el propio tenor literal de los artículos 1.257 y 1.091 del Código Civil. Conforme al primero de ellos: <<Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la Ley>>.

Se deduce con claridad de dicha norma que, por principio, los contratos despliegan su eficacia exclusivamente en relación con las partes contratantes y -para el caso de que cualquiera de éstas haya fallecido- sus herederos, siempre y cuando los derechos u obligaciones dimanantes del contrato no tengan carácter de personalísimos.

De otra parte, es obvio que la norma hasta ahora transcrita constituye sencillamente una ratificación de lo expresado por el artículo 1.091, al considerar al contrato con fuente de las obligaciones <<las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos>>.

Con la expresión de <<principio de relatividad del contrato>> se trata de poner de manifiesto que la eficacia del contrato como categoría (y, necesariamente, de cada contrato celebrado) no tiene alcance general respecto de la colectividad, como ha de predicarse de la norma jurídica, sino un alcance limitado a las partes contratantes. El contrato, pues, es por principio relativo, en cuanto vincula a través de la reglamentación procedente de la autonomía privada únicamente a las partes contratantes, sin que, por consiguiente, pueda general derecho y obligaciones respecto a personas extrañas o pueda atribuírsele un alcance general.

Han de considerarse <<partes contratantes>> quienes asumen las obligaciones u ostentan los derechos derivados de cualquier relación contractual, con independencia de su material efectiva participación en la celebración y otorgamiento del contrato.

La existencia de contratos generadores de derechos a favor de tercero se encuentra consagrada en el propio artículo 1.257 del Código Civil. Dispone, en efecto, su segundo párrafo que <<si el contrato contuviere alguna estipulación a favor de tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada>>.

El artículo 1.257.2 establece que el beneficiario del contrato (o, en su caso, de la estipulación) podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla (la estipulación) revocada.

La aceptación es un presupuesto de la posibilidad de exigir el cumplimiento del contrato al obligado o promitente. El artículo 1257 del Código Civil no constituye una auténtica y propia aceptación, ni una ratificación. Así pues, la aceptación debe configurarse como un presupuesto de la consolidación del derecho del beneficiario.

Por otra parte, es conocida la práctica contractual de que una de las partes contratantes se reserve la posibilidad de señalar como contratante definitivo a una tercera persona que, en el momento de celebración del contrato, puede ser desconocida para ambas partes. De tal forma, la característica principal de esta categoría contractual vendría representada por la vinculación que uno de los contratantes asume, incluso sabiendo que la otra parte puede desentenderse del contrato designando un tercero, que pasará a ser parte del contrato, generalmente con eficacia retroactiva, como si hubiera participado e la celebración del mismo.

Y, siguiendo con la cesión contractual, puede ser objeto de transmisión la íntegra posición contractual que una persona ocupe en un determinado contrato. Conforme a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, para que pueda darse la cesión del contrato, propiamente hablando, se requiere fundamentalmente: 1º Que la otra parte contratante, a la que suele denominarse contratante cedido, acceda o consiente la cesión; pero ello sólo debe predicarse cuando estemos realmente ante una cesión del contrato (o sea, de la relación contractual en su integridad) y no ante cualquier otra cesión, limitada, de derechos que encuentren su causa en un contrato, pues en tales casos <<la cesión que el artículo 1.112 del Código Civil dispone que todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiere pactado lo contrario>>, como ha establecido la STS 1ª 400/2011, de 1 de junio de 2011.

2º Que se trate de contratos bilaterales o sinalagmáticos, cuyas recíprocas prestaciones no hayan sido total y completamente ejecutadas, pues en tal caso el designio propio del contrato en cuestión hará dejado de tener sentido y no cabra, por tanto, la cesión de posición contractual alguna; y como regla general, la cesión del



contrato conlleva la liberación o desvinculación del contratante cedente, quien en adelante no queda obligado respecto del contratante cedido. No obstante, cabe el pacto en contrario y, en la práctica, no es extraño que, en forma subsidiaria, el cedente quede obligado durante un cierto lapsos de tiempo a responder en caso de que el cesionario incumpla las obligaciones que le incumban.

Tales obligaciones (así como las facultades o derechos) serán las contempladas en el conato originario, pues la cesión propiamente considerada no produce un efecto novatorio sobre el contrato, sino que se limita sencillamente a la sustitución del contratante cedente por el cesionario, quien en adelante quedará vinculado con el contratante cedido en los mismos términos previstos en el contrato.

Pues bien, la Ley del Mercado de Valores define las empresas de servicios de inversión como entidades financieras cuya actividad principal consiste en la prestación a terceros de servicios de inversión, considerándose como tales, entre otros, la recepción, transmisión y ejecución (de órdenes (de inversión o desinversión) por cuenta de terceros, la colocación y el aseguramiento de las emisiones y ofertas públicas de ventas, el asesoramiento en materia de inversión, la gestión de sistemas multilaterales de negociación, así como la gestión de carteras de inversión. Además, se consideran «servicios auxiliares que también pueden ser realizados por las empresas de servicios de inversión, otras muchas actividades tales como la custodia y administración de instrumentos financieros y monetarios, la concesión de créditos o préstamos de dinero o valores a inversores los efectos de la ulterior realización de una operación en el mercado de valores, el asesoramiento a empresas sobre estructura de capital, estrategia industrial y cuestiones afines, la elaboración de informes de inversiones y análisis financieros, etc..

En atención a su distinto ámbito o campo de actuación, la Ley distingue cuatro tipos diferentes de empresas de servicios de inversión:

a) Las sociedades de valores, que son aquellas empresas de servicios de inversión que pueden operar profesionalmente tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, y realiza todos los servicios de inversión y servicios auxiliares previstos en la Ley.

b) Las agencias de valores, que son, en cambio, empresas de servicios de inversión con un ámbito de actuación más limitado, pues no pueden negociar por cuenta propia, ni asegurar la suscripción de emisiones y ofertas públicas de venta, ni, en fin, conceder créditos o préstamos para; inversiones en valores.

c) Las sociedades gestoras de carteras, que son empresas de servicios de inversión con objeto aún más limitado, comprensivo del servicio de gestión de carteras de inversión, del asesoramiento en materia de inversión, así como la prestación de servicios auxiliares consistentes en asesoramiento de empresas sobre estructura de capital, estrategia industrial y cuestiones afines.

d) Las empresas de asesoramiento financiero, que son, por último, personas físicas o jurídicas, exclusivamente dedicadas al asesoramiento en cuestiones de inversión y a los servicios auxiliares de asesoramiento empresarial sobre estructura de capital, estrategia industrial y cuestiones afines (art. 64).

Por otra parte, la Ley del Mercado de Valores permite a determina das entidades realizar actividades propias de las empresas de servicios de inversión. Dada la progresiva difuminación del principio de especialización de las entidades financieras, así ocurre, en primer término, con las entidades de crédito, que pueden realizar todas las actividades propias de aquéllas, sin que su régimen jurídico, sus estatutos y su autorización específica las habiliten para ello (art. 65).

Finalmente, debe destacarse que las empresas de servicios de inversión pueden designar agentes para la promoción y comercialización de los servicios de inversión y servicios auxiliares objeto de su programa de actividades, así como para la realización habitual de ciertos servicios de inversión (art. 65 bis).

Las operaciones de mercado y, más concretamente, las transmisiones a título de compraventa no se concertan, por lo general, por los propios interesados sino por medio de intermediarios profesionales a los que se reserva la actuación directa en el mercado.

A la comisión de compra o venta de valores se le aplican las normas del Código de Comercio que, con carácter general, regulan ese contrato (arts. 244 y SS.), pero ha de tenerse en cuenta que su conexión con un mercado organizado determina la existencia de diversas especialidades:

a) La comisión u orden de compra o venta sólo puede darse a las empresas de servicios de inversión o demás entidades autorizadas que ostenten la condición de miembros del mercado en que vaya a realizarse la operación (arts. 62, 64 y 71 y 55.). Es frecuente, por lo demás, que la orden o encargo no se haga directamente al intermediario autorizado para ejecutarla, sino a un tercero que no es miembro del correspondiente mercado, y que la transmitirá a quien lo sea, por cuenta del cliente.



b) *En contrapartida, el miembro del mercado que recibe una comisión de compra o venta está obligado a aceptarla, deviniendo de esta forma en una comisión o contrato forzoso para el comisionista (art. 39)*

La formulación del encargo u orden viene normalmente facilitada por su tipificación, consuetudinaria (es el caso de los denominados «usos bursátiles») o escrita, de naturaleza reglamentaria (v., por ej., los arts. 1 y ss. del RD 1849/1980, de 5 de septiembre, declarados en vigor, hasta tanto no se desarrolle en este punto la LMV, por la disp. trans. primera del RD 629/1993) o privada (circulares de los órganos rectores correspondientes), que resulta imprescindible tanto para eliminar problemas de interpretación como para facilitar su adecuada ejecución.

Las órdenes pueden cursarse por escrito, por vía telefónica o telemática, que es el procedimiento que utilizan los denominados intermediarios on line, debiendo registrarse en todos los casos.

e) *En el desempeño del encargo, el comitente debe actuar con la diligencia y lealtad exigibles a quien realiza, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero. En punto la concreción de esas genéricas exigencias, son aplicables las disposiciones y normas de conducta que regulan la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en los mercados de valores, debiendo también ahora señalarse que su incumplimiento puede fundamentar un doble responsabilidad contractual y administrativa del comitente.*

g) *La comisión de compra o venta de valores es, en fin, ex lege y a diferencia de la comisión mercantil común (art. 272 C. de C.), tiene comisión de garantía, pues el intermediario responde ante el cliente del buen fin de la operación, esto e entrega de los valores o del pago del precio.*

Se obliga a administrar una manera o conjunto determinado de valores negociables e instrumentos financieros pertenecientes a un tercero (el inversor o cliente), a cambio (le una contraprestación que remunera sus servicios.

Su naturaleza jurídica es la de un mandato o comisión. Se rige por los pactos establecidos entre las partes y por las disposiciones de nuestros Códigos en la materia, aunque no debe olvidarse la aplicación de la Ley del Mercado de Valores desarrollada.

No obstante, en protección del inversor, la normativa citada impone al gestor la norma de actuación de formalizar las relaciones con el cliente mediante un contrato-tipo de gestión, que fije los criterios a que ha de sujetarse la gestión de la cartera, y que ha de haberse sometido a la previa aprobación de la Comisión Nado mal del Mercado de Valores.

La obligación fundamental del gestor es administrar el capital con 1 fiado de acuerdo con las instrucciones recibidas. En todo caso, la gestión debe poder considerarse, de acuerdo con el artículo 63.1.d), de la Ley del Mercado de Valores, discrecional: sujeta, por un lado, salvo supuestos justificados, a los criterios generales de inversión pactados por escrito con el cliente; pero con la posibilidad para el gestor por otro, de tomar decisiones, dentro de ese ámbito general y dejando de lado los supuestos también excepcionales de necesaria autorización previa, «según su mejor juicio profesional.

La obligación de gestión es, naturalmente (otra cosa es que pueda pactarse lo contrario), una obligación de actividad o medios. El gestor no queda obligado a conseguir un determinado resultado (beneficios, revalorización de la cartera, etc.), sino a desplegar la diligencia exigible a quien específica y profesionalmente asume la gestión de unos concretos y determinados intereses ajenos. Además de diligentemente, el gestor debe desempeñar su labor de manera leal, defendiendo y anteponiendo, en todo momento, los intereses del cliente a los suyos propios (STS de 11 de julio de 1998).

El gestor está también obligado a rendir cuentas de su gestión, manteniendo informado al cliente de la marcha de la gestión, y realizando las oportunas liquidaciones de las operaciones que vaya realizando, sin perjuicio de la rendición general de cuentas que se realice al término del 1 contrato (art. 60 Decreto). Finalizado éste, deberán poner el patrimonio a disposición del cliente en la forma pactada, pudiendo retener las cantidades que le sean debidas (art. 7 de la Orden y art. 1730 CC).

La obligación principal del cliente es remunerar al gestor conforme a lo pactado.

En punto a la extinción del contrato, puede mencionarse que el contrato suele pactarse por tiempo indefinido, y que en tal caso cada una de las partes podrá resolverlo unilateralmente mediante un congruo preaviso.

*Así pues, a la luz de las precedentes enseñanzas jurisprudenciales, y tras valorar conjuntamente el material probatorio desplegado, este Tribunal hace propias, por acertadas y aplicables al caso, las consideraciones que expuso la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial, y a que se refieren las partes ahora litigantes, amén de que, por 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 " (f. 56-57), 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 que: "I.- Bankpyme y Caixabank, conjuntamente con los tres accionistas de referencia de Bankpime, suscribieron en fecha 29 de septiembre de 2011, un documento privado de contrato de compraventa de negocio bancario (el "Contrato de Compraventa") por el cual Bankpime se comprometió a vender y ceder, y Caixabank a comprar y asumir, los elementos patrimoniales que conforman dicho negocio bancario de Bankpime (el "Negocio Transmitido"), sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones suspensivas, extendido junto con sus Anexos en 42 folios de papel común.

Los comparecientes me hacen entrega de dicho documento, y a su instancia queda protocolizado con esta matriz.

II.- Que a la presente fecha, se han cumplido las mencionadas condiciones suspensivas, y en consecuencia las Partes desean formalizar la transmisión del Negocio Transmitido y sus elementos, mediante la elevación a público del documento privado de acuerdo de cierre (el "Acuerdo de Cierre") que las Partes han suscrito en fecha de hoy extendido junto con sus Anexos en 27 folios de papel común.

III.- que a efectos de ejecutar la transmisión del Negocio Transmitido de Bankpime a Caixabank y dado que la adquisición del mismo se realiza sin sucesión universal, las Partes han acordado formalizar la cesión o transmisión de los diferentes elementos patrimoniales que conforman el mismo en contratos separados, agrupándolos según su naturaleza jurídica.

SEGUNDO.- En relación al pago del precio se hace constar a los efectos oportunos que la transmisión del negocio bancario de Bankpime a CaixaBank consiste en la adquisición por CaixaBank de determinados activos y la asunción de determinados pasivos, por un precio en metálico de 16 millones de euros que se abonará a Bankpime mediante transferencia a realizar por CaixaBank a una cuenta bancaria de Bankpime abierta en la propia CaixaBank, en los términos y condiciones previstos en el Acuerdo de Cierre"; y que "Contrato de Compraventa de Negocio suscrito entre: Banco de la pequeña y mediana empresa, S.A. como vendedor y CaixaBank, SA como comprador, Barcelona, 29 de septiembre de 2011. IV.- que Bankpime declara que su Consejo, ante la imposibilidad de Bankpime de continuar su actividad bancaria cumpliendo con los requisitos regulatorios de solvencia, ha considerado que la mejor alternativa económica disponible es transmitir al comprador los activos y pasivos que conforman el negocio bancario de Bankpime (tal y como se configura más adelante), a cambio de un precio en efectivo (superior al valor neto contable del negocio transmitido), que junto con todos los activos no bancarios que no se transmiten, dejen a la entidad con suficientes recursos para hacer frente a los pasivos remanentes, debiendo ser todo ello sometido a la aprobación de la Junta General de Bankpime que se convocará al efecto y ofreciendo a todos aquellos accionistas distintos de los Accionistas de Referencia la posibilidad de recomprar sus acciones.

Que el comprador declara estar interesado en adquirir únicamente los elementos patrimoniales que conforman el negocio bancario de Bankpime, incluyendo la intermediación de valores, depositaria y custodia, así como su gestora de fondos, sin sucesión universal, y por un precio superior al valor neto contable de los elementos patrimoniales a transmitir.

El objeto del presente contrato es establecer los términos y condiciones bajo los cuales el vendedor transmitirá al comprador su negocio bancario como unidad económica (en adelante, el "Negocio Transmitido"), que comprende principalmente y a título enunciativo:

i) tesorería y depósito del vendedor en otras entidades de crédito, la cartera de inversión crediticia, valores representativos de deuda en el activo del balance, las cuentas de orden relacionadas con el Negocio transmitido, el pasivo de clientes (depósitos), debitos representados por valores negociables, y la titularidad -de dominio o en condición de arrendatario según sea el caso- de las oficinas bancarias del vendedor y de sus respectivos empleados.

Se adjunta como Anexo 1.(b) una descripción pro forma a 31 de agosto de 2011 que refleja los elementos de activo y pasivo del Negocio Transmitido que el comprador adquiriría si la operación se ejecutase en dicha fecha.

2.1 cesión y venta de elementos de activo y cesión de contrato. En fecha de cierre, el vendedor cederá al comprador los contratos y las operaciones relacionadas con el negocio transmitido, que los asumirá en los términos establecidos en este contrato.

2.1.1 Cesión de la cartera de Inversión Crediticia. El vendedor cederá al comprador, que asumirá en virtud de tal cesión de posición contractual o de derechos de crédito, según corresponda, los préstamos, líneas de crédito, avales y cualesquiera otras operaciones que impliquen un riesgo de crédito para el vendedor celebrados con todos sus clientes (excepto por aquellos préstamos y créditos concedidos a la sociedad Multinmueble, SA)(en adelante, los "Clientes Cedidos") (en adelante, la "Cartera de Inversión Crediticia").

El vendedor declara y garantiza la existencia y legitimidad de la cartera de inversión crediticia de acuerdo con el artículo 1.529 del Código Civil y el artículo 348 del Código de Comercio, pero no responderá de la solvencia de los Clientes Cedidos ni del cumplimiento por los Clientes Cedidos de sus obligaciones, incluida la de pago, derivadas de los créditos o de cualesquiera otros derechos cedidos.

El vendedor y el comprador se obligan a notificar la cesión de la cartera de inversión crediticia a los clientes cedidos y garantes respectivos de conformidad con el artículo 1.526 del Código Civil y el artículo 347 del Código de Comercio inmediatamente después de la fecha de cierre. El vendedor autoriza expresamente al comprador para realizar notificación.

Cuando así se lo solicite el comprador, el vendedor se obliga a otorgar las escrituras públicas que sean necesarias para formalizar la cesión de las operaciones incluidas en la cartera de inversión crediticia. El otorgamiento de tales escrituras públicas se realizará dentro de los cinco (5) días siguientes al requerimiento que efectúe el comprador al vendedor. Serán pro cuenta del comprador los gastos e impuestos derivados del otorgamiento de tales escrituras públicas.

Antes de la fecha de cierre, el vendedor y el comprador realizarán todas las actuaciones comerciales necesarias respecto de los clientes cedidos para adelantar y facilitar la cesión de la referida cartera de inversión crediticia.

Es objeto de cesión asimismo la cartera de fallidos incluidos en las cuentas de orden de Bankpime y, en consecuencia, todas las reclamaciones judiciales interpuestas por el vendedor contra sus deudores para recuperaciones de créditos.

Respecto de los préstamos que se encuentran fuera de balance por haber sido titulizados, el comprador se subrogará en la prestación de los servicios de administración y gestión que actualmente viene prestando el vendedor respecto de los mismos.

2.1.2 Cesión de tesorería, depósitos de entidades de crédito y otros instrumentos financieros. El vendedor transferirá la titularidad y/o cederá los derechos de cobro, según sea el caso al comprador respecto de las posiciones de tesorería, depósitos de entidades de crédito y otros instrumentos financieros.

2.1.3. Cesión del negocio de depositaria, custodia, intermediación de valores, gestión discrecional de carteras y otras actividades relacionadas con el negocio transmitido. El vendedor cederá al comprador, que asumirá en virtud de tal cesión, la posición contractual del primero, el negocio de depositaria, custodia, intermediación de valores, gestión discrecional de carteras y todas aquellas otras actividades relacionadas o derivadas del negocio transmitido, incluida la llevanza del registro contable de las acciones emitidas por la propia Bankpime.

2.1.4. Cesión de contratos de arrendamiento y otros contratos. Las partes negociarán de buena fe la cesión de otros contratos relacionados con el negocio transmitido que se puedan identificar durante el período interino (según queda definido en cláusula 8.1 posterior).

2.1.6. Sustitución del vendedor como depositario de los fondos de inversión y las SICAVs. De conformidad y con sujeción a los términos y condiciones establecidos en este contrato y en la normativa española aplicable, como parte del negocio transmitido, el comprador sustituirá al vendedor como depositario de los fondos de inversión y las SICAVs.

2.2 Cesión de elementos de pasivo. 2.2.1. Depósitos de clientes. El vendedor cederá al comprador, y el comprador asumirá en virtud de cesión de la posición contractual, los derechos y obligaciones del vendedor en las cuentas corrientes, cuentas de depósito, contratos bancarios ordinarios, tales como cajas de seguridad, custodia de valores, etc y cualesquiera otras operaciones que no impliquen un riesgo de crédito para el vendedor celebrado con los clientes (en adelante, la Cartera de Pasivos).

El vendedor y el comprador se obligan a notificar la cesión de la Cartera de Pasivos a los clientes inmediatamente después de la fecha de hoy y antes de la fecha de cierre. El vendedor autoriza expresamente al comprador para realizar dicha notificación.



Deberá concederse a cada clientes un plazo de treinta (30) días para que pueda expresar su oposición a la referida cesión. En caso de no manifestarse en este plazo, se considerará que el cliente acepta la cesión de forma tácita.

2.2.2 Cesión de otros pasivos financieros. El vendedor transferirá la titularidad y/o cederá las obligaciones de pago al comprador, según sea el caso, respecto de depósitos de entidades financieras, la cédula hipotecaria y otros pasivos financieros"; y NO puede perjudicar a los ahora actores las cláusulas 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) entre los que se hallaba la testigo a la que posteriormente se hará referencia; 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 (como f. 58 a 74 y 209 de autos), corroborado por la fusión por absorción de "Bankpyme Gestión" por "Invercaixa Gestión" (f. 75 a 90); y por las modificaciones contractuales efectuadas por la demandada y notificadas a los actores, a 8-1-13 (f. 91 a 94), y extractos de Valores según "La Caixa", a 1-1-14 (f. 95), y rendimientos de la inversión a 11-3-14 (f. 139-140) y escudarse después en que la "sucesora" de Bankpyme había concursado (IPME 2012, SA - f. 290 y 291) 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 (f. 288-289 de autos). Se desestima la excepción de falta de legitimación pasiva, invocada por la entidad "Caixabank SA".

TERCERO .- Por lo que se refiere a los restantes motivos de impugnación, amen de hacer propios, conforme se dijo, lo acertado de los razonamientos que se contienen en la resolución recurrida, acordes con el resultado de la prueba practicada, añadir que además se ajustan a lo que al respecto ha venido a señalar la STS de 16 de septiembre de 2015 , en la que resolviendo sobre nulidad de la orden a de compra de valores (participaciones preferentes), da respuesta precisamente a unos motivos de impugnación similares a los que se esgrimen por la parte recurrente y que reproducimos a continuación, siguiendo el orden expositivo de dicha resolución y que iremos equiparando al caso que nos ocupa.

" La carga de la prueba de la información adecuada sobre la naturaleza y riesgo del producto financiero.

2.- La demandante ha probado que contrató, por consejo de Bankinter, que en este caso actuaba como empresa de servicios de inversión, un producto de inversión consistente en unas participaciones preferente y ha probado el contenido de la información que le fue facilitada en la orden de compra del producto, en la que sólo constaba que adquiriría unas participaciones preferentes de Landsbanki Islands, que era calificado como una operación a vencimiento, fijándose incluso la fecha de vencimiento, a un tipo del 6,25% y una liquidación trimestral.

Con estos elementos, la demandante acreditaba que había adquirido un producto de inversión, complejo y de riesgo, que sólo se le había informado de esos extremos, por lo que no constaba ni las características del producto (mas allá de su naturaleza de operación a plazo que luego resultó no ser cierta, el tipo de interés y poco más) ni se detallaban los riesgos de la inversión. Con estos elementos de información, claramente insuficientes, y dada la asimetría informativa existente entre el banco y el cliente, existía una presunción de error



excusable en el consentimiento sobre elementos esenciales del producto, y para desvirtuarlo era necesario la prueba de la existencia de una información suficiente y clara, suministrada con la antelación adecuada, sobre las características del producto, la existencia o inexistencia de garantías y sobre el alcance preciso de los diversos riesgos asociados al producto contratado, que permitiera al cliente formar correctamente las presuposiciones del contrato.

La falta de prueba sobre la existencia de esa información no puede perjudicar al cliente, sino a la empresa de servicios de inversión, porque se trata de extremos que conforme a las normas aplicables a la pretensión ejercitada, enervan la eficacia jurídica de los hechos alegados por la demandante y que resultan debidamente justificados, y son extremos cuya prueba está además a la plena disposición de la parte demandada, si es que tal información hubiera sido efectivamente facilitada".

En el caso, no se ha practicado prueba alguna que acredite que la información que se facilitó a la actora previa a su orden de compra no fuera otra que la que se contiene en el documento 3 de la demanda (folio 40), en la que no sólo no se hace la mas mínima indicación sobre el riesgo de pérdida de la inversión, sino que se presenta al emisor como una entidad en continua expansión, lo que ha quedado desvirtuado con el dictamen que igualmente se adjunta con la demanda (folios 42 y ss) y lo que es mas relevante tan sólo se incide en la alta rentabilidad del producto tanto respecto de los intereses ("Cupón 6,75% anual pago trimestral), como a la ganancia que se obtendrá si el emisor dice amortizar ("pagamos 891,20? la participación y recibiremos 1.000?) destacando incluso en letras mayúsculas dicho extremo.

CUARTO .- *"El cómputo del plazo para ejercitar la acción de anulación de contratos financieros o de inversión complejos en error en el consentimiento.*

El consentimiento no es inexistente. Existe, pero está viciado por el error. El contrato es susceptible de confirmación, expresa o tácita, y asimismo, si la acción de anulación no es ejercitada en plazo, el contrato deviene inatacable por razón del vicio del consentimiento.

En esta clase de nulidad, el ejercicio de la acción está sometida al plazo previsto en el art. 1301 del Código Civil, conforme al cual la acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: (...) En los (casos) de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato (...)

2.- Ahora bien, lleva razón la demandante cuando, en su recurso de casación, alega que el momento inicial del cómputo de ese plazo de ejercicio de la acción no es el declarado por la sentencia de la Audiencia Provincial, según la cual la fecha inicial sería la de la celebración del contrato, lo que determinaría que la acción de anulación por error vicio del consentimiento estuviera caducada.

En la sentencia num. 769/2014 de 12 de enero de 2015, declaramos:

Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a la realidad social del tiempo en que (las normas) han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas, tal como establece el art. 3 del Código Civil ...

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio de consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo del ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

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

En aquel supuesto fijó el Tribunal la fecha inicial del cómputo en octubre de 2008, en que se produjo la intervención del banco islandés, como evento que permitía la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo y en el caso, la sentencia de instancia lo fija en el año 2011, fecha en que salió a la luz la problemática de las participaciones preferentes. Es cierto, que la propia actora reconoce en su demanda que dejó de percibir los abonos trimestrales (salvo los dos primeros), pero también lo es que igualmente alega,



y no ha quedado desvirtuado, que cuando en enero de 2009 acudió a la oficina para pedir información sobre porque no se efectuaba el abono, la única respuesta que recibió es que no se preocupase, que aunque el banco tenía problemas, el capital estaba garantizado, lo que unido a la previa información que se facilitó en orden a que la amortización por el emisor tendría lugar el 6 de julio de 2012 ("Primera Call: 06/07/2012), también pudiera deducirse que no fue consciente del riesgo de pérdida de su inversión hasta llegada dicha fecha, y que por ese mismo motivo, hasta dicho momento no tuvo una comprensión real de las características y riesgos del producto complejo, si tenemos en cuenta que el error que vicia el consentimiento no lo hace recaer sobre la mayor o menor rentabilidad de producto, sino en la creencia de que estaba contratando un producto completamente garantizado, conforme a la propia información que se le facilitó y se reiteró por los empleados de la oficina bancaria.

QUINTO .-" *El error vicio del consentimiento en los contratos de inversión.*

2.- *El art. 1266 del Código Civil dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 del Código Civil). La jurisprudencia ha exigido que el error sea esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa (sentencia núm. 215/2013, de 8 abril*

3.- *El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en ls circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.*

-

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

-

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

-

4.- *En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en las citadas sentencias num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 y num. 769/2014, de 12 de enero , entre otras.*

-

5.- *La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID (que es la aplicable en este caso por la fecha en que se concertó el contrato) da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de*



que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

–

No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes, como tales, para la apreciación del error vicio. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores...

2.- El art. 1266 del Código Civil dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 del Código Civil). La jurisprudencia ha exigido que el error sea esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa (sentencia núm. 215/2013, de 8 abril

3.- El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

–

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

–

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

–

4.- En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en las citadas sentencias num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 y num. 769/2014, de 12 de enero, entre otras.

–

5.- La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID (que es la aplicable en este caso por la fecha en que se concertó el contrato) da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a



las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes, como tales, para la apreciación del error vicio. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores..."

A continuación relaciona la normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión y que impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes y refiere

" 9. El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a su cliente, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable.

Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en las sentencias del Pleno num. 840/2013 de 20 de enero de 2014 y 460/2014, de 10 de septiembre, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera inciden directamente sobre la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrarla de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente"

Ya hemos dicho que en el caso, la información facilitada al cliente, cuando por los propios empleados de la entidad se le ofertó la contratación del producto, era claramente insuficiente, en orden a que no advertía del riesgo de pérdida de la inversión.

SEXTO . - Perfil inversor de la demandante. En el presente caso, como el analizado por el Tribunal Supremo, se alega por la demandada que la actora tenía cultura financiera y posiciones con otras entidades que acreditan su claro perfil inversor en renta variable y con ello, que conocían perfectamente en qué tipo de productos invertía y cuáles eran los riesgos que asumían al efectuar tales inversiones. Y al respecto refiere la sentencia que citamos

" Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto. El hecho de tener un patrimonio considerable o que la demandante hubiera hecho algunas inversiones no la convierte tampoco en cliente experta, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a la demandante una información adecuada para contratar el producto conociendo y asumiendo los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. La contratación de algunos productos de inversión con el asesoramiento de Bankinter, sin que el banco prueba que la información que dio a la cliente fue mejor que la que suministró en el caso objeto del recurso, y en concreto, que fue la exigida por la normativa del mercado de valores, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto del cliente.

12.- En definitiva, el consentimiento fue viciado por error por la falta de conocimiento adecuado del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente que lo contrata una representación mental equivocada sobre las características esenciales del objeto del contrato, debido al incumplimiento por la empresa de inversión demandada de los deberes de información que le impone la normativa del mercado de valores cuando contrata con clientes respecto de los que existe una asimetría informativa".

Ya hemos dicho que en el caso, se incumplieron respecto del concreto producto que es objeto de la litis dichos deberes de información, y resulta, además, que tampoco se ha practicado prueba alguna sobre la concreta información que se le facilitó a la actora respecto los otros productos que contrató.



SÉPTIMO .- En consonancia con todo lo expuesto, no cabe sino desestimar el recurso de apelación y confirmar la resolución apelada, con expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398 y 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

OCTAVO .- Asimismo y de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por la LO 1/2009 de 3 de noviembre, en su apartado 9, se declara la pérdida del depósito para recurrir constituido por el apelante, al que se le dará el destino previsto en dicha disposición.

En atención a lo expuesto, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca

FALLAMOS

Que DESESTIMANDO el recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales DOÑA CATALINA SALOM SANTANA, en representación de CAIXABANK S.A., contra la Sentencia de fecha 8 de octubre de 2015, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 19 de Palma , en los autos de Juicio Ordinario número 666/14, de que dimana el presente Rollo de Sala, **CONFIRMAMOS** los pronunciamientos que la resolución impugnada contiene, con expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a dicha parte apelante y con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.